

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**O PROJETO DE ESTADO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E A
ABNEGAÇÃO DO DIREITO DE ADRIAN VERMEULE**

GUSTAVO SALLES DA COSTA

RIO DE JANEIRO

2018.1

GUSTAVO SALLES DA COSTA

**O PROJETO DE ESTADO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E A
ABNEGAÇÃO DO DIREITO DE ADRIAN VERMEULE**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha.

RIO DE JANEIRO

2018.1

GUSTAVO SALLES DA COSTA

**O PROJETO DE ESTADO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E A
ABNEGAÇÃO DO DIREITO DE ADRIAN VERMEULE**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2018.1

À família Salles da Costa, unidos pelos verdadeiros laços familiares da simpatia e comunhão de ideias, os quais unem os espíritos antes, durante e após suas encarnações.

AGRADECIMENTOS

À Deus, inteligência suprema, causa primária de todas as coisas. Ao Mestre Jesus e seus trabalhadores do bem, e mentores espirituais, que me iluminaram de grande monte nesta caminhada: Bezerra de Menezes, Eurípedes Barsanulfo, Heigorina Cunha, dentre muitos outros a quem sempre terei muito respeito, carinho e estima.

À meus pais, meu farol, Cesar e Conceição. Agradeço não só pelo sangue pesquisador que por mim corre, mas por sempre estarem comigo nas melhores e piores horas, em uma prova viva de que o amor verdadeiro, e em sua forma mais pura, aquele que se dá sem esperar nada em troca, permanece inabalável. “Obrigado” é pouco para externar minha gratidão em ter este exemplo de luta, garra e sacrifício, me esclarecendo que a fé, com o equilíbrio entre a moral e o intelecto, move montanhas.

Ao Estêvão, meu melhor amigo e modelo, a quem tenho honra em ser consanguíneo, obrigado por me mostrar os eixos, compartilhar comigo seu vasto e incrível conhecimento, e por abrir meus olhos para que eu acreditasse no meu potencial para alcançar qualquer objetivo desejado. “Obrigado” é pouco pelo seu carinho, sensibilidade e compaixão. Nos vemos pelo mundo, irmão Graco.

Ao meu avô Amilton, companheiro de longa caminhada, agradeço por velar por nós. Agradeço ainda, pelo pendão da humildade: que um dia sejamos “socialmente iguais e totalmente livres”. Do lado de cá estamos lutando, e permaneceremos combatentes. Ao meu avô Jorge, agradeço não só pela contribuição para o desenvolvimento da Administração Pública brasileira e da Fundação Getúlio Vargas, aos quais trabalhos me serviram de ponto de partida para a presente análise, mas por instigar meu interesse pela Filosofia e pelo auxílio em momentos vitais. Até breve, meus velhos.

À minha avó Aparecida, por ser o bastião da família nos momentos mais difíceis, e estar ao meu lado desde tenra idade. Eternamente grato. Tenha a certeza de que seu sacrifício resplandecerá em muitas outras gerações por vir. À minha avó Gilda, agradeço pelo carinho e possibilidades proporcionadas à família, as quais me auxiliam a atingir meus objetivos presentes e futuros.

À Carlos Bolonha: mestre, professor, amigo. Transformou um jovem de primeiro período com muitas incertezas, em um homem com muitos objetivos. Passaram-se cinco longos

anos, os quais foram uma satisfação indescritível de trabalhar ao seu lado. Agradeço por abrir as portas da pesquisa acadêmica e dilatar minhas perspectivas sobre absolutamente tudo no ramo do Direito. Nada disso seria possível sem seu verdadeiro altruísmo pela docência e abnegação para com os alunos. Tenha a certeza de que sua contribuição para o Brasil, e em nossas vidas, serão desfrutadas por muitas gerações que estão por vir. Himalaia!

Aos irmãos que, da Nacional, fiz para a vida: Augusto, Dolabella, Aline, Raphael, Bruno e Luiza. Agradeço por serem um verdadeiro ponto de apoio e fonte de inspiração. Sem vocês os anos acadêmicos não teriam sentido. Ao LETACI e seus pesquisadores, agradeço pelo companheirismo e dedicação que me cativa. Em especial, ao subgrupo de pesquisa em Estado Administrativo pela extraordinária contribuição para as ideias que originaram o presente: Maíra, Daniel, Luciana, Carol, Bia, Isabela, Sara, Caio e Mariana. Este trabalho é tanto meu, quanto de vocês.

“Não há nada permanente, a não ser a
mudança”

Heráclito

RESUMO

O Estado Administrativo compreende um modelo de governo de afirmação do poder regulador através de agências administrativas, um instrumento da atividade executiva, que visa utilizar o conhecimento técnico e específico destes órgãos para regular relações estatais. Entretanto, o projeto do modelo brasileiro é maculado por falhas desde a implantação do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado de 1995, quando da importação do molde norte-americano. Particularmente, sua implementação é dificultada pela falta de deferência dos Poderes Judiciário e Legislativo *vis-a-vis* deliberações administrativas. O constitucionalista Adrian Vermeule, em sua obra *Law's Abnegation*, aborda a forma como esta deferência tornou-se o status quo nos EUA, suscitando a diferença do que, a priori, ocorre no Brasil. Este trabalho visa apontar que esta falta de deferência às agências federais brasileiras constitui obstáculo na implementação do projeto brasileiro de Estado Administrativo. Para tanto, será estabelecido o histórico e jurisprudência exemplificativa do modelo de agências em ambos os países, e sua aproximação. A seguir será analisado o caráter da “abnegação do direito” de Vermeule, perante a atividade regulatória nos EUA. Tal análise é estendida ao caso brasileiro investigando a influência deste fator na falha do projeto de Estado Administrativo brasileiro.

Palavras-chave: *Estado Administrativo; Teoria Institucional; Deferência Administrativa; Agências Reguladoras; Abnegação do Direito.*

ABSTRACT

*The Administrative State comprises a government model of regulatory power assertion through administrative agencies, an instrument of executive activity, which aims to use technical and specific knowledge of these bodies to regulate state relations. However, the design of the Brazilian model has been maculated by failures since the implementation of the Director Plan of State Apparel Reform of 1995, when the American model was imported. In particular, its implementation is hampered by the lack of deference of the Judiciary and Legislative Powers vis-a-vis administrative deliberations. The constitutionalist Adrian Vermeule, in his work *Law's Abnegation*, addresses how this deference has become the status quo in the United States, raising the difference of what, a priori, occurs in Brazil. This paper aims to point out that this lack of deference to Brazilian federal agencies constitutes an obstacle in the implementation of the Brazilian Administrative State project. To do so, it will be approached the history and case law of this agency model in both countries, and a comparison will be established. Additionally, the establishment of the character of Vermeule's "abnegation of Law" regarding American regulatory activities, will be analyzed as well. This analysis will be extended to the Brazilian case, investigating the influence of this factor on the failure of the Brazilian Administrative State project.*

Keywords: *Administrative State; Institutional Theory; Administrative Deference; Regulatory Agencies; Law's Abnegation.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1- DO ESTADO ADMINISTRATIVO: UMA BREVE VISITA AO PASSADO	17
1.1. Origem Norte-Americana	19
1.1.1. Do ICC ao APA	20
1.1.2. De <i>Crowell v. Benson</i> à <i>City of Arlington v. FCC</i>	26
1.2. O Projeto de Estado Administrativo Brasileiro	41
1.2.1. O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado	44
1.3. A Jurisprudência Brasileira	53
1.4. O Second-Best: Aproximando os modelos	59
CAPÍTULO 2 - DA ABNEGAÇÃO DO DIREITO: O DIÁLOGO COM ADRIAN VERMEULE	63
2.1. A Abnegação do Império do Direito	64
2.2. A Discrecionariade Administrativa e a Revisão Judicial	67
2.3. A Legalidade do Direito Administrativista	70
2.4. Abdicação do Direito?	76
2.5. Como o Direito Empodera não Advogados?	77
CAPÍTULO 3 - DA APARENTE FALHA DO PROJETO DE ESTADO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: AS LIÇÕES DE SÉRGIO GUERRA E MINHAS CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS	81
3.1. Há uma Abnegação do Direito no Brasil?	84
CONSIDERAÇÕES FINAIS	92
REFERÊNCIAS	94

INTRODUÇÃO

Não é fato novo que o Brasil passa por momentos de turbulências socioeconômicas e políticas na atualidade, impactando em uma falha do Estado pátrio em controlar a crise. Desta forma, acadêmicos do Direito unem esforços para buscar explicações históricas, legais ou políticas para tal conjuntura. Entretanto, acredita-se que o cerne da questão está ao mesmo tempo distante e próxima de todas estas perspectivas.

Está distante, pois não se trata somente da forma como se formou o Estado brasileiro, ou como se importou a cultura francesa ao ordenamento jurídico brasileiro no ramo do Direito Administrativo, em contraponto com a influência norte-americana no Direito Constitucional. O cerne não é também somente devido aos problemas causados pela forma como o Brasil importou o modelo norte-americano de Estado Administrativo, dentro de determinado período histórico, considerando sua realidade distinta.

Adicionalmente, também não é o único foco, a forma como foi redigida e estabelecida a legislação regulatória, dentro de um contexto político de interesses político-partidários na motivação do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, encabeçado por Luiz Carlos Bresser Pereira. Este projeto buscou a consolidação da posição da economia brasileira no mercado externo, ao passo em que realizar-se-ia a “organização social” do país e alcançar o reequilíbrio econômico, no período pós 1988.

Está então próximo, pois engloba todo o exposto, porém com perspectiva diversa. Deve-se observar o desenho institucional como um todo, para então se estudar cada critério institucional que levará em consideração este background histórico, legal e político, para detectar as lacunas no sistema de governo que figuram como entrave na reestruturação do país, desde a década de 1990. Isto se dá, pois, Poderes do Estado se encontram em um sistema complexo¹, compreendendo capacidades institucionais e efeitos sistêmicos² de cada instituição que compõe o governo, daí surge a maior complexidade em buscar soluções para períodos de abalos no país.

¹ RANGEL, Henrique; BOLONHA, Carlos; ALMEIDA, Maíra Vilella. Sistema complexo e direito constitucional. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, v.7, n. 3, p. 253-266, 2015.

² ALMEIDA, Maíra; RANGEL, Henrique. *Os Efeitos Sistêmicos na Teoria Institucional*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=540393ae7f8b7a7f>>. Acesso em: 10/11/2017.

O desrespeito à estas capacidades e a omissão aos seus efeitos é um dos perpetuadores das mazelas que encontramos nos dias atuais, onde instituições falham em se impor sobre outras que se sobrepõe à sua jurisdição em momentos de tensão entre elas, e em compreender sua posição dentro de um sistema complexo onde muitas vezes confundem-se intencionalmente ou não o exercício de atividades estatais com isso, sofrendo de hipertrofias e atrofias institucionais³ sem mecanismos de controle constitucionais para regular estas anormalidades institucionais. Desta forma, torna-se necessário uma análise mais clara de um projeto que pode trazer inúmeros benefícios para o país, caso se consolide no cenário institucional atual.

O projeto inicial de Estado Administrativo brasileiro, que visava reestruturar o país, é maculado por falhas desde a implantação do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, quando da importação do molde norte-americano. Particularmente, sua implementação é dificultada pela falta de deferência dos Poderes Judiciário e Legislativo diante de deliberações administrativas. Adrian Vermeule, em sua obra “*Laws Abnegation*”, aborda a forma como esta deferência passou a ser a *praxis* nos EUA através de um processo institucional natural⁴, suscitando a diferença do que, *a priori*, ocorre no Brasil. Esta obra figura aqui como ponto de partida para uma análise comparativa de dois sistemas de governo que embora distintos, originalmente buscava-se guardar semelhanças.

Adrian Vermeule sustenta em sua tese que o Direito voluntariamente abandonou suas “pretensões imperiais”⁵, fazendo referência à obra “O Império do Direito” de Ronald Dworkin, e indicando uma forma de superação para a tese de Dworkin. Apesar do Direito ser um poder que se apresentava imparcial, para resolver e reconciliar atividades do governo, o arco da lei se volveu para a deferência ao Estado Administrativo. O Direito abnegou sua autoridade, renegando a si mesmo às margens dos acordos governamentais. Isso ocorreu em um processo natural do Direito trabalhando em si, concluindo que a abnegação/deferência dos Três Poderes frente ao Poder Regulador, era o melhor caminho a se tomar, de um ponto de vista interno.

³ VERMEULE, Adrian. The Atrophy of Constitutional Powers. *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, Cambridge, no. 11-07, 2012.

⁴ VERMEULE, Adrian. *Law's abnegation: from law's empire to the administrative state*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

⁵ *Ibidem*.

A lógica deste raciocínio é a de que os princípios de deferência das Cortes criaram um processo de resposta “auto-reinforced”, em que a abnegação torna-se não uma traição ou afronta ao Direito, mas a consequência dos próprios rumos que o Direito toma de forma interna. Assim, o autor sustenta sua tese focando em uma perspectiva que parte de dentro do universo jurídico, e não de perspectiva externa, uma vez que a deferência no âmbito administrativo torna-se a abnegação, originada através de um processo de enação. Esta obra não trata meramente sobre Direito, mas sim uma obra que aborda o Direito “endógeno”, do um ponto de vista de um profissional do direito que vivencia a realidade do universo jurídico.

A “deferência no âmbito administrativo”, conforme leciona Eduardo Jordão, ocorre quando as autoridades judiciárias não decidem diretamente a questão jurídica na etapa de controle judicial de uma decisão administrativa, mas meramente questões de razoabilidade, coerência e logicidade ou a interpretação utilizada pela autoridade administrativa⁶. Desta forma, nesta acepção, “deferência” é a manutenção de uma decisão administrativa contestada. Esta descrição evidencia uma das grandes falhas na implantação do Plano Diretor, uma vez que sem um consolidado princípio de deferência institucional, torna-se obsoleto o trabalho de agências reguladoras e órgãos administrativos que foram constituídos para a atividade executiva, com poder decisional para a manutenção da ordem pública através da regulação.

Ademais, outro ponto que indica a falha desta implantação é a forma como se construiu o cenário institucional brasileiro. O modelo de agências no Brasil é baseado no molde norte-americano, enquanto o modelo de ordenamento jurídico possui, preponderantemente, influência da cultura francesa, contando com modelos de governança distintos⁷. Entretanto, o Direito Administrativo sofre influência francesa, enquanto o constitucionalismo brasileiro guarda enorme similitude com o norte-americano⁸, figurando estas disparidades e falta de alinhamento teórico e executivo, como grande influenciador na atividade institucional dos Três Poderes, e indicado como um dos motivos pelo qual encontramos tantas inconsistências institucionais no Brasil.

⁶ JORDÃO, Eduardo. *Controle de uma Administração Pública Complexa: A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 554-557.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 57-65.

⁸ GUERRA, Sérgio. Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 126-129, 2017.

A convergência do projeto entre Brasil e Estados Unidos ocorre, então, apenas quanto ao modelo de agencificação, e sua pedra fundamental que é o modelo constitucional atual, dificultando a implementação de tal molde em uma realidade construída de forma tão heterogênea, contando com instituições originadas por influências múltiplas e sistema de funcionamento distintos, tornando-se grande obstáculo para seu funcionamento apropriado.

A partir deste desenho, percebe-se uma forma de “confusão institucional”, em que agentes do judiciário e legislativo não concebem a atuação de determinados agentes do executivo, mesmo com o estabelecimento do Poder Regulador na Constituição Federal de 1988, que institui mecanismos constitucionais para a atividade regulatória do Estado e de suas agências. Mais especificamente através dos artigos 21, inciso XI; artigo 174 e artigo 177, §2º, inciso III (este quanto à exploração do petróleo e das telecomunicações) da Carta Magna⁹.

Esta previsão é um dos principais pontos em que o Brasil se destaca, uma vez que, por sua Constituição ser demasiadamente mais recente que a norte-americana, tornou-se possível prever em seu texto os instrumentos adequados para que a atividade regulatória possa atuar dentro deste mecanismo institucional-democrático do país, sem necessidade de conflito de competências.

Entretanto, como será abordado ao longo deste estudo, a previsão constitucional da atividade regulatória não satisfaz todos os critérios para que o Poder Regulador pudesse se estabelecer de forma adequada e eficaz, devido às falhas apontadas sobre o projeto de Estado Administrativo brasileiro, que parece não ter saído do papel. Hoje, nos deparamos na academia e no Governo, com discussões teóricas de alto nível, avaliando como tratar o corpo do Poder Regulador para que este satisfaça sua pretensão originária.

O presente estudo possui como objetivo geral investigar se a falta desta “abnegação do direito” no desenho institucional brasileiro constitui obstáculo na implementação do projeto brasileiro de Estado Administrativo, devido às diversas atividades dos Três Poderes que impossibilita a realização apropriada do Poder Regulatório, dificultando a concretização desta implementação no desenho institucional do país.

⁹ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Como objetivo específico, buscar-se-á (i) estabelecer a dinâmica de origem e funcionamento do modelo de agências nos Estados Unidos e no Brasil; (ii) analisar o caráter da “abnegação do direito” de Vermeule, perante a atividade regulatória nos EUA, estendendo comparativamente esta análise à realidade brasileira; e por fim (iii) investigar a influência deste fenômeno institucional na falha do projeto de Estado Administrativo no Brasil.

Metodologicamente, será utilizado, inicialmente, o método histórico a fim de traçar a origem e desenvolvimento das agências reguladoras e sua relação com os Três Poderes nos Estados Unidos e Brasil, além da análise da pretensão de um sólido modelo de agências neste, ao longo do período que compreende a redemocratização do Estado brasileiro até a atualidade.

Através da metodologia dedutiva, utilizando-se de critérios analíticos de pesquisa, serão considerados os fundamentos para que ocorra a referida “abnegação do Direito” nos Estados Unidos, a fim de aproximar com a realidade brasileira e indicar se este fenômeno de fato é inexistente no desenho institucional brasileiro. Assim, pretende-se esclarecer se o critério “abnegação” é determinante para a falha da consolidação do projeto de Estado Administrativo no Brasil, na busca por soluções de gerenciar a crise institucional atual, através de um plano já elaborado pelo Estado com fundamentos sólidos e pertinentes à realidade brasileira.

Para esta investigação, realizaremos no Capítulo 1 uma marcha histórica dos períodos iniciais da República dos Estados Unidos da América, iniciando em sua fundação, como relatado por Alexis de Tocqueville desde seu desembarque experimental no país, passando pelo período de ocupação do Oeste, acompanhado do *Gold Rush*, à primeira grande crise econômica que sofreu em 1929, alcançando o ápice do desequilíbrio diplomático na Europa, com a 1ª Guerra Mundial, chegando até a criação do primeiro grande tratado administrativo-regulatório da América do Norte. Adicionalmente, do pioneiro Charles Evans Hughes ao memorável Antonin Scalia, buscaremos compreender o racional dos *Justices*, os Ministros da Suprema Corte Norte-Americana, em suas decisões e fundamentações referentes à origem e desenvolvimento do Estado Administrativo.

Através de uma revisitação ao período Imperial brasileiro, iremos nos deparar com as fundações da administração pública no Brasil, caminhando em direção ao fim da República Velha e o marcante período de Getúlio Vargas, governante que iniciou o fomento da

autoridade administrativa. Após este ensejo à um Estado Administrativo, o infeliz período do Regime Militar instituído em 1964, que forneceu plenos poderes ao Chefe do Executivo Federal, até seu fim, dando início à Sexta República Brasileira, passaremos a compreender a posição ocupada pelas autarquias regulatórias no desenho institucional do país. Analisando o estudo e proposta do Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, chegaremos ao projeto de Estado Administrativo pátrio em 1995. A jurisprudência nacional, apesar de rasa, nos auxiliará a compreender a perspectiva judicial do Estado burocrático aqui instituído, levantando determinadas questões.

Algumas destas questões serão posteriormente abordadas, após um diálogo com o professor Adrian Vermeule, no Capítulo 2. Com as palavras de sua obra “*Law’s Abnegation*”, o constitucional-administrativista nos dará alicerce para compreender como o Estado Administrativo norte-americano se consolidou da forma como percebemos hoje, através de um processo natural de deferência do Poder Legislativo e Judiciário diante do Estado Administrativo. Este fenômeno da “abnegação do Direito”, como sugere, possui uma relação simbiótico com esta forma de Estado. Onde um reside, o outro atua e vice-versa.

Indicando que a visão de Ronald Dworkin de um “Direito com pretensões imperiais” é ultrapassada, o autor irá abordar não só diversas correntes teóricas sobre o tema, como nos traz exemplos e casos - os quais introduzirei na primeira parte desta obra, a fim de que possamos passar pelo crivo de Vermeule, já estando familiarizados com as doutrinas e precedentes – sobe uma nova perspectiva, já que projeta este conceito de “abnegação” sob o desenho institucional norte-americano, fazendo disso sua tese central. Ao contrário de ser combativo com a ótica Dworkiniana do Direito, acredito que o professor tenha buscado aprimorar as ideias que residiam na academia anteriormente, principalmente no que concerne os estudos do Estado Administrativo, rebatendo algumas críticas generalistas ao fim de sua análise.

Por fim, concluo esta jornada abordando as questões previamente levantadas. Neste ponto, teço algumas críticas ao projeto de Estado Administrativo no Brasil, sugerindo que é um plano que nunca saiu do papel, permanecendo vivo somente no ideal de seus arquitetos, mas inerte no desenho institucional do país. Assim, o especialista Sérgio Guerra nos esclarecerá com algumas possíveis razões para este projeto ser natimorto, inevitavelmente fazendo menção ao histórico deste modelo burocrático em ambos os países aqui abordados.

CAPÍTULO 1- DO ESTADO ADMINISTRATIVO: UMA BREVE VISITA AO PASSADO

O Estado Administrativo é um tópico-chave considerado inevitável nas discussões do estudo Constitucional contemporâneo. O constitucionalista norte-americano Adrian Vermeule considera que o Estado moderno é, por natureza, um Estado Administrativo,¹⁰ compreendendo um modelo de governo de afirmação do poder regulador através de agências reguladoras – e de outro lado o Poder Executivo em si, contando com agências executivas - que decorre da maturação de um Governo baseado na Constituição e consolidado através do princípio da Separação de Poderes (*checks and balances*), implementado por James Madison, nos Estados Unidos¹¹.

Neste país, surgiu como forma de remediar as lacunas deste princípio constitucional norteador do Estado norte-americano, ao passo em que as instituições buscavam se adaptar a uma economia crescente e cada vez mais dinâmica, como leciona Reuel Schiller¹². Administrar a relação entre o governo e empresas que prestam serviços de interesse público é função complexa, uma vez que o aparelho estatal não é capaz de atender a todas as demandas necessárias para o bom funcionamento do serviço público e sua relação com o setor privado¹³.

Dentro deste contexto, as agências reguladoras, através da influência do Estado Administrativo, surgem como órgãos de conhecimento técnico e capacidade decisional sobre questões envolvendo sua respectiva área de atuação, com função precípua de elaborar normas, fiscalizar, defender, incentivar, gerir e arbitrar conflitos existentes nestas relações estatais¹⁴. O administrativista Peter L. Strauss traz uma nova perspectiva para este Poder, que pode ser denominado também como o “Quarto Poder do Estado”

¹⁰ VERMEULE, Adrian. The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge. Harvard Public Law Working Paper No. 13-28. In: TUSHNET, Mark; GRABBER, Mark A.; LEVINSON, Sanford (org.). *Oxford Handbook of the United States Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013.

¹¹ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges; Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

¹² SCHILLER, Reuel. Reining in the Administrative State: World War II and the Decline of Expert Administration. In: ERNST, Daniel R.; JEW, Victor (eds.). *Total War and the Law: The American Home Front in World War II*. Westport: Praeger Publishers, 2002. p. 185-206.

¹³ LANDIS, James. *The Administrative Process*. New Haven: Yale University Press, 1938, p.1.

¹⁴ GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: Quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano?. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Teoria do estado regulador*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 13-106.

(*headless fourth branch*), compartilhando de funções executivas, legislativas e judiciárias voltadas para a boa administração pública¹⁵.

Este capítulo abordará como o Estado Administrativo se originou como uma forma de gerenciar crises, partindo do período de criação da primeira agência reguladora norte-americana¹⁶, o *Interstate Commerce Commission* à consolidação do *Administrative Procedure Act*, a formalização no ordenamento jurídico de diversos anos de discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do alcance do poder regulador na dinâmica constitucional do país. Esta influência é resultado de um processo natural de contenção a estes abalos institucionais, na medida em que o Estado, como idealizado originalmente, prevendo não ser capaz de suportá-las, buscou desenvolver métodos suplementares ao estabelecido na Constituição, para remediar os efeitos das crises institucionais.

Uma breve análise jurisprudencial norte-americana irá esclarecer os entraves constitucionais e institucionais por qual o Estado Administrativo passou, a fim de se consolidar e tomar a forma atual. Determinados casos paradigmáticos da *Supreme Court of the United States* (SCOTUS) como *Crowell v. Benson*, *SEC v. Chenery Corp.*, *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, e *City of Arlington v. FCC*, auxiliarão a destacar determinados marcos institucionais necessários que, ao longo do tempo, “aparam as arestas” deste novo Estado, auxiliando na compreensão de como atua, expandindo e limitando seus poderes, através do processo de *judicial review*¹⁷.

A partir da origem deste modelo de Estado, irá se chegar à criação de um modelo administrativista no Brasil, que se dá no período que compreende o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, a partir do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, em um projeto que parece ter buscado a instituição de um Estado Administrativo no país, considerando seu caráter. O objetivo deste plano, assim como o surgimento das agências

¹⁵ STRAUSS, Peter L. The Place Of Agencies In Government: Separation Of Powers And The Fourth Branch. *Columbia Law Review*, New York, v. 84, n. 3, p. 573-669, 1984.

¹⁶ Agências reguladoras são pessoas jurídicas de Direito público interno, com a finalidade de regular e/ou fiscalizar atividades de determinado setor econômico ou comercial.

¹⁷ Conforme leciona Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco, o *judicial review* é o controle jurisdicional de constitucionalidade, sendo instrumento adotado para sancionar uma plena e efetiva supremacia da Constituição. Neste processo, o Judiciário declara a não aplicabilidade ou inconstitucionalidade de normas contraditórias com a Constituição, comumente, nos países Americanos, com jurisdição das Cortes Supremas, ou Cortes Constitucionais. Cf. MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 9ªed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pp 48-49.

nos EUA, foi melhor gerenciar a econômica no país, mais especificamente no Brasil, a crise financeira que abalou o mercado anos antes desta proposta.

Neste período, a taxa de inflação brasileira superou a razão de 80% ao mês, induzindo, conseqüentemente, o país à imersão na dívida externa, conforme indica estudo de 1991 de Luiz Carlos Bresser Pereira, arquiteto do Plano Diretor. Estes eventos preconizaram a necessidade de ação estatal para conter a crise¹⁸. A remodelação do Estado pareceu uma alternativa viável, no entanto, como se indicará ao longo deste capítulo, até a década atual este projeto parece não ter saído do papel, ao que se depreende do diálogo institucional das agências reguladoras com os Três Poderes¹⁹, indicando que não houve uma boa recepção de um Estado Administrativo no Brasil, como estabelecido nos Estados Unidos.

Por fim, ao realizar uma aproximação dos dois modelos, tornar-se-á mais evidente os pontos que deveriam ter sido atendidos a fim de lograr êxito na implementação de um poder regulador, em um Estado de valorização da Administração Pública, como originalmente concebido. Ao longo do capítulo subsequente, se abordará especificamente o principal critério, e a principal crítica que esta obra se propõe para a falha do plano brasileiro: a abnegação do Direito, base do Estado Administrativo.

1.1. Origem Norte-Americana

Nesta seção, abordar-se-á as perspectivas históricas da origem do Estado Administrativo que deu base ao modelo brasileiro, qual seja o modelo norte-americano. A fim de consolidar o conceito de Estado Administrativo e suas características, se apresentara o surgimento das agências reguladoras como atores desta nova forma Estatal, bem como a jurisprudência que limitou e assentou precedentes para o funcionamento deste modelo.

¹⁸ BRESSER PEREIRA, Luiz C.; NAKANO, Yoshiaki. Hiperinflação e estabilização no Brasil: o Primeiro Plano Collor. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 11, n. 4, p. 89-114, out./dez. 1991.

¹⁹ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, Chicago, no. 28, 2002.

1.1.1. Do ICC ao APA

A fim de compreender a origem do Estado Administrativo, se faz necessário remontar à criação das agências reguladoras nos Estados Unidos. Isto se dá, pois a criação e fortalecimento das agências ocorre em um contexto de rompimento com um Estado descentralizado. Alexis de Tocqueville, em sua obra “A Democracia na América”, ilustra um Estado norte-americano com ausência de governo ou administração consolidada, durante o período de 1830²⁰. Na realidade, o que ocorria era a descentralização do Estado, em forma de uma administração pouco coesa, diferentemente do que se encontrava na França do mesmo período, país de origem do estudioso.

Isto se dá, devido a forma como se desenvolveu o Estado norte-americano, em uma estrutura diferente da europeia, em condados que se originaram antes dos municípios, municípios criados antes de estados, e estados antes da União²¹. Este modelo implicou na estrutura hierárquica administrativa, em que os administradores de nível superior não possuíam tamanha influência sobre administradores de níveis inferiores, dificultando a estruturação de planos nacionais e projetos que contemplassem o território Federativo como um todo. Este cenário institucional explica, inclusive, algumas contendas que se alastram até os dias de hoje, como o recente caso *United States v. Windsor*²².

Esta descentralização demasiada possui explicação compreensível. Após períodos de luta contra uma colônia tirânica, bem como o exemplo europeu que culminou em movimentos revolucionários de deposição de governos autoritários, a Constituição Americana foi redigida de forma a evitar que um Poder Executivo se tornasse tirânico – conforme palavra dos *Founding Fathers* no Artigo Federalista de nº 51²³. Aqui reside a importância do modelo de separação de poderes norte-americano, importado pelo Brasil posteriormente.

Todo o sistema burocrático deste período possuía cautela extrema em estabelecer freios aos poderes do Executivo, a fim de se evitar uma espécie de governo despótico. Ademais, havia o receio de que se instituisse um Estado Administrativo cuja estrutura

²⁰ ERNST, Daniel R. *Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

²¹ *Ibidem*.

²² *United States, Petitioner v. Edith Schlain Windsor*, in *Her Capacity as Executor of the Estate of Thea Clara Spyer, et al.* 570 U.S. 744 133 S.Ct. 2675; 186 L.Ed.2d 808 (2013).

²³ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers*. San Bernardino: Tribeca, 2014.

central e normas fossem rígidas, a ponto de suprimir determinadas características precípua da República, como o governo do interesse público ou mesmo o poder público sobre o poder político.

O desenvolvimento do Estado burocrático americano, decorre do fato de que a Constituição norte-americana não determinou de forma abrangente a estruturação do Poder Executivo, para que cumprisse com suas funções. Desta forma, este modelo se desenvolveu aos poucos, tornando-se o que hoje conhecemos como Estado Administrativo ou Estado Regulador²⁴, em sentido contrário do desenvolvido na França, com a figura do Executivo Unitário, herança napoleônica.

Nos primeiros anos da República norte-americana, a Administração Pública não contava com instituições e agentes estruturados para auxiliar na atividade burocrática do Estado. Desde este período, até os dias atuais, a Constituição do país não dispõe sobre disposição específica que especifique a atividade administrativa, como supracitado. As discussões jurisprudenciais auxiliaram em grande parte no desenvolvimento deste novo Estado, assentando questões constitucionais através do processo de *judicial review* na SCOTUS, como será abordado no próximo subtópico.

O estudioso Frederick Mosher indica que a doutrina de separação de poderes não era clara sobre como se exerceriam as atividades burocráticas no país, tendo em vista que os poderes e responsabilidades do Poder Executivo e Legislativo, concernentes à administração pública, não eram claras. Ao longo de grande parte do século XIX, com exceção do período do governo de Andrew Jackson e no período de guerras, a balança da burocracia tendia em direção ao Legislativo, distanciando-se do Executivo, seja em nível Federal ou Estadual, inibindo e inabilitando o desenvolvimento de projetos administrativos integrados, coordenados e unificados.²⁵

Desta forma, as primeiras agências administrativas foram originadas a fim de prestar auxílio técnico e específicas ao Poder Legislativo em nível Estadual. Um protótipo de *Federal Trade Commission* (Conselho Administrativo de Defesa Econômica norte-americano) em nível estadual em Rhode Island foi consolidado em meados daquele

²⁴ SKOWRONEK, Stephen. *Bulding a new American state: the expansion of national administrative capacities 1877 – 1920*. New York: Cambridge University Press, 1982. p. 3.

²⁵ MOSHER, Frederick C. *Basic documents of American public administration: 1776 – 1950*. New York: Holmes & Meier Publishers, Inc. 1976. p.44.

século, a fim de aproximar empresas concorrentes em defesa da concorrência leal²⁶. Em estados como New Hampshire, New York e Vermont, geralmente se percebiam comissões de objetivo *ad hoc*, objetivando a resolução de problemas específicos e locais.²⁷

Estas agências possuíam as mais diversas funções, mas serviam principalmente como agências que coletassem informações para que o Legislativo pudesse realizar um juízo a fim de solucionar a questão. Nota-se que o Poder Executivo não havia qualquer relação com estas agências primitivas, e geralmente, estas comissões detinham poder tão limitado, que sequer tinham a capacidade de solucionar uma questão por si só. Como geralmente comissões temporárias, apesar de deter conhecimento e capacidade técnica, não eram consolidadas o suficiente para ser confiadas este nível de poder.²⁸

No período que compreende a segunda metade do século XIX, observamos o desenvolvimento de agências estaduais para regular o serviço ferroviário, atividade econômica de grande importância no período, tendo em vista a era expansionista e de ocupação do território norte-americano. Distanciando-se da Costa Oeste *per se*, adentrando estados como Colorado, Iowa, Kentucky, Maine, Michigan, Nebraska, Ohio e Wisconsin, agências começaram a surgir de forma sistemática, beneficiando a expansão econômica nestas regiões, a medida em que se desenvolviam e se populavam.²⁹

Com o advento de uma forma de regulação estatal forte (*strong commission*), à medida em que se consolidavam e enraizavam estas agências iniciais, a SCOTUS iniciou a receber os primeiros casos paradigmáticos sobre o tema. Em 1877 foi apreciado o caso acerca de tarifas que recaíam sobre a atividade agrícola, sendo assentada em *Munn v. Illinois*³⁰. Este caso estabeleceu aos estados federativos o poder de regular determinadas atividades econômicas em seu território, atingindo inclusive a atividade ferroviária.

Após abordar a origem das “proto-agências”, chegamos aqui ao primeiro ponto principal deste subtópico, com o marco histórico considerado inicial para o Estado

²⁶ MCCRAW, Thomas K., *et al. Prophets of regulation*: Charles Francis, Adams Louis, D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn. Massachussets: Harvard, 1984. p. 17.

²⁷ CUSHMAN, Robert E. *The independent regulatory commissions*. New York: Octagonn Books, 1972. p. 23.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Munn v. State of Illinois*, 94 U.S. 113, 1876. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/94/113/>>

Administrativo como conhecemos atualmente: a criação do *Interstate Commerce Commission* (ICC). Em 1886, com o caso *Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company v. Illinois*³¹, a SCOTUS estabeleceu os limites à intervenção de nível estadual à economia, ficando assentado o impedimento dos estados de regularem o comércio interestadual, atividade agora reservada à nível federal.

McCraw esclarece que esta decisão estabelecida em *Wabash* inseriu no desenho institucional um imperativo categórico³² concernente à administração pública³³. A regulação federal, agora executada pelo Poder Executivo, e não mais Legislativo, tornou-se claramente imperativo, sanando a “crise de identidade” da atividade regulatória norte-americana. Para encerrar esta discussão revolucionária, o *Interstate Commerce Act* foi aprovado no ano seguinte à decisão.

Remontando à atividade ferroviária, esta Lei Federal foi redigida a fim de regular a indústria ferroviária, particularmente no que diz respeito à sua tendência de monopólio de mercado.³⁴ Esta Lei deu luz à primeira agência reguladora do novo período de regulação estatal, o ICC. Através de iniciativa congressional, esta agência reguladora considerada “moderna”³⁵, inaugurou um novo período para o Estado Administrativo.

Na última década desse século, com o surgimento de monopólios naturais, forte industrialização, *trust*, cartéis, concentração de riqueza demasiada, e um sistema estatal corrompido³⁶, editou-se uma lei que visasse combater esta dinâmica, o *Sherman Act*³⁷. O

³¹ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company v. People of the State of Illinois*, 118 U.S. 557, 1886. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/118/557/>>

³² Principal conceito da filosofia de Immanuel Kant, o imperativo categórico é o dever de toda pessoa agir conforme princípios os quais considera que seriam benéficos caso fossem seguidos por todos os seres humanos. Se é desejado que um princípio seja uma lei da natureza humana, deve-se colocá-lo à prova, realizando-o para consigo mesmo antes de impor tal princípio aos outros. Em suas obras, Kant afirma que é necessário tomar decisões como um ato moral, ou seja, sem agredir ou afetar outras pessoas. Cf. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

³³ MCCRAW, Thomas K., et al. *Prophets of regulation*: Charles Francis, Adams Louis, D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn. Massachusetts: Harvard, 1984. p. 61.

³⁴ Esta Lei passou, dentre outras exigências, a requerer que as taxas de ferrovias fossem “justas e razoáveis”, apesar de não permitirem o governo de estabelecer quais seriam as referidas taxas.

³⁵ CASS, Ronald A. et al. *Administrative law*. 6a. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 3.

³⁶ GUERRA, Sérgio. *Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil*. Revista Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 133-134, 2017.

³⁷ O Congresso aprovou a Lei *Sherman Anti-Trust* em 1890 como resposta à preocupação pública sobre o crescimento trusts que controlavam o transporte, a indústria e comércio do período. A lei visava impedir a concentração de riqueza e poder econômico nas mãos de poucos. Proibiu “todo contrato, combinação ou conspiração, na restrição do comércio” ou comércio interestadual, e declarou que toda tentativa de

Estado passou a combater estas práticas desleais, e convocavam o Departamento de Justiça a combater este sistema econômico deturpado. No entanto, não foi criada uma agência reguladora que realizasse a fiscalização deste instituto, sendo esvaziado com o tempo, perdendo sentido e constantemente desconsiderado pelo Judiciário, como no caso *United States v. E.C. Knight Company*, em 1895³⁸. Denota-se aqui uma das primeiras falhas do Estado Administrativo moderno, o qual aprenderia com o passar do tempo.

Segundo James Landis, a insistência na segregação do poder, deu lugar, no século XIX, às exigências administrativas do governo. Sem muita teoria política, mas com um senso aguçado dos aspectos práticos da situação, criaram-se agências cujas funções abrangiam os três aspectos do Estado. A edição de regras, a execução e a disposição de reivindicações concorrentes, foram todas confiadas às agências. Com o passar dos anos, o processo se desenvolveu. Essas agências, tribunais e comitês editores de normas eram, por conveniência, distintos das burocracias executivas existentes na Presidências, sendo então classificadas como “administrativos”.³⁹

Neste diapasão o próprio Poder Judiciário consentiu ao desenvolvimento deste regime, passando as leis originadas pela Administração Pública e permitidas pelo Judiciário, agora a ser denominadas e formalizadas em “leis administrativas”, de modo que o processo e todos os seus componentes denominados “processos administrativos”. Ambos serviram como forma de solucionar problemas modernos, desconhecidos e desamparados pela Constituição e *Founding Fathers*, como o monopólio, *trusts*, questões urbanas e viárias, problemas atinentes à complexificação das relações sociais e econômicas.

Com o fim da era progressista norte-americana, adentrando o século XX, marcado pela 1ª Grande Guerra, apesar dos fortes desenvolvimentos nos mais diversos setores da economia, como os meios de comunicação, transmissão de energia elétrica e o enraizamento da indústria automobilística no Norte do país, os EUA passaram a enfrentar

monopólio em qualquer negociação ou comércio era ilegal. Cf. *15 U.S. Code Chapter 1 - Monopolies And Combinations In Restraint Of Trade*.

³⁸ A *E.C. Knight Company* era um *trust* que controlava mais de 98% dos negócios de refino de açúcar nos Estados Unidos, originando, portanto, o caso em questão, que discutiu *in suma*, se o Congresso havia excedido sua autoridade constitucional sob a Cláusula de Comércio, quando promulgou a Lei *Sherman Anti-Trust*. Cf. UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *United States v. A E.C. Knight Company*, 156 U.S. 1, 1895. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/156/1/case.html>>

³⁹ LANDIS, James. *The Administrative process*. New Haven: Yale University Press. 1938. p.2-3.

problemas para equilibrar a crise que assolava o país no período pós- Crise de 1929. Aqui, chegamos ao segundo ponto principal deste subtópico: a consolidação do *Administrative Procedure Act* (APA) de 1946.⁴⁰

A crise de 1929 originou problemas não só no mercado de ações, mas também gerou grande expansão na busca por crédito, seguido pela alta nas taxas de juros bancárias. O então Presidente Franklin D. Roosevelt, desenvolveu o projeto do *New Deal*. Com este conjunto de programas estatais, o Poder Executivo e Legislativo articularam-se em uma união para combater o desequilíbrio econômico e social que assolou o país ao fim da segunda década do século XX.

Os principais pontos do *New Deal*, foram os (i) investimentos em obras públicas, a fim de empregar aqueles que se desempregaram com a crise, ao passo em que se investiria em projetos que pudessem beneficiar a população, como a construção de usinas hidrelétricas, barragens, pontes, hospitais, escolas, aeroportos etc.; (ii) queima em massa dos estoques de produtos agrícolas, objetivando conter a queda de seus preços; (iii) maior controle sobre produção e preços, para regular a superprodução na agricultura e na indústria; e (iv) diminuição da jornada de trabalho, com o objetivo de maximizar a oferta de novas vagas nos postos de trabalho. Ademais, fixou-se o salário mínimo, o seguro-desemprego e o seguro-aposentadoria.⁴¹

Com o crescente número de agências originadas durante o período do *New Deal*, o Presidente Roosevelt iniciou a proposta de uniformização das atividades regulatórias e suas limitações, através do *President's Committee on Administrative Management* (ou *Brownlow Committee*), em 1937. Neste projeto, o Presidente indicou ainda, que “as agências reguladoras constituiriam um quarto poder”⁴². No entanto, dissensos envolvendo a possibilidade de criações de Tribunais Administrativos e a hiperjudicialização de questões administrativas, dividiu o comitê, culminando no seu fim.

⁴⁰ *Administrative Procedure Act*, Public Law 79-404, 60 Stat. 237 (1946).

⁴¹ FRASER, Steve e GERSTLE, Gary (orgs.). *The rise and fall of the New Deal order, 1930-1980*. Princeton: Princeton University Press, 1989.

⁴² MOSHER, Frederick C. *Basic documents of American public administration: 1776 - 1950*. New York: Holmes & Meier Publishers, Inc. 1976. p. 105, ss.

Em 1939 o *Attorney General's Committee on Administrative Procedure*,⁴³ também organizado pelo Presidente, deu base para a consolidação da ideia de que o Poder Executivo seria o responsável pela atividade administrativa e regulatória no país, chegando ao molde final, para a presente análise, do Estado Administrativo moderno, com o processo de procedimentalização da regulação nos Estados Unidos, o *Administrative Procedure Act* lei de processos administrativos das agências reguladoras.

Posteriormente, o Congresso, fazendo valer do sistema de freios e contrapesos, promoveu determinadas mudanças no ordenamento administrativo, a fim de originar procedimentos específicos para a atuação das agências. Até os dias de hoje, encontramos normas que visam limitar ou conceder poderes ao poder regulador do Estado. Juízes emitem julgados no mesmo sentido, em uma espécie de sintonia com os outros dois Poderes, a fim de aprimorar o sistema, e não como forma de minar este modelo de Estado, assim como tem feito o Legislativo.

Percebe-se, o desenvolvimento de um protagonismo do Poder Executivo ao longo do tempo, com a aquiescência do Poder Legislativo, para consolidar o sistema administrativo federal que se percebe hodiernamente. Com a prévia aceitação do Poder Judiciário perante este sistema, desde o século XIX, se fecha o círculo do Estado Administrativo, que passa a ser considerado unanimemente no desenho institucional norte-americano, como a forma de Estado vigente, com influência nos mais diversos órgãos do Governo. Assim, levanta-se a questão de como chegaram a este ponto. Como funciona e porque se permitiu esta aquiescência ao Estado Regulador? Esta questão será abordada de forma apropriada no Capítulo II do presente artigo.

1.1.2. De *Crowell v. Benson* à *City of Arlington v. FCC*

Processos que rompem com um sistema e instauram outro, estranhos à dinâmica institucional vigente, requerem tempo para se estruturar, contando com o diálogo institucional entre os ramos do governo para se desenvolver. Tendo em vista que este trabalho não é dedicado a realizar uma análise profunda, nem mesmo com foco primário na jurisprudência atinente à matéria de Estado Administrativo, ressalto que neste

⁴³ *Attorney General's Committee on Administrative Procedure, Final Report: Administrative Procedure in Government Agencies, S. Doc, No. 8, 77th Cong., 1st Sess. (1941).*

subtópico serão tratados os principais pontos de casos selecionados a título de exemplo, para indicar os caminhos que levaram o poder regulador a se desenvolver através da atividade da Suprema Corte norte-americana.

Ao impor limites e expandindo os poderes das agências administrativas, elaborou-se um processo de fundamental importância para a dinâmica institucional, estabelecendo um ambiente de amplo debate que tratou, basicamente “onde, quando e como” se daria a atividade regulatória no desenho institucional do país, em uma espécie de processo de “auto-conhecimento” administrativo, extremamente saudável e necessário para se compreender a identidade destas agências que hora atuam com função legislativa, executiva ou mesmo judiciária, como se verá a seguir.

Crowell v. Benson (1932)

Desde o início do período do *New Deal*, normas reguladoras emitidas por agências administrativas passaram a compor o desenho institucional norte-americano. O caso *Crowell*⁴⁴, decidido em 1932, foi uma tentativa arrebatadora de mediar o conflito entre o Direito e o Estado Administrativo, apesar de ter falhado em sua “missão”.

A falha nesta conciliação serve tanto como referência e ponto inicial para a afirmação de que o Direito abnegou de sua autoridade ao Estado Administrativo, e aos elementos estruturados para esta afirmação – considerando tanto o que *Crowell* estabeleceu, quanto o que deixou de estabelecer.

Este caso se originou, com a concessão de benefícios a um empregado ferido durante seus trabalhos, pelo *U.S. Employees' Compensation Commission*, agência administrativa que, através de seu Comissário Adjunto Crowell, defendeu que este procedimento administrativo não violava o Artigo III da Constituição⁴⁵, que requer que

⁴⁴ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Crowell Deputy Commissioner v. Benson.*, 285 U.S. 22, 1932. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/285/22/case.html>>

⁴⁵“ARTIGO III, Seção 1:

*O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.” Cf. UNITED STATES OF AMERICA. *The United States Constitution*. Promulgada em 17 de setembro de 1787. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>.*

decisões sobre adjudicações devem ser emitidas apenas através de juízes, autoridades judiciárias, sendo os únicos permitidos para realizar a atividade decisional.

No mérito, este caso tratou da constitucionalidade de tribunais administrativos julgando a reivindicação de compensações trabalhistas. O *Chief Justice* Charles E. Hughes, esboçou os principais contornos da decisão, tratando de interpretação normativa, adjudicação dos direitos públicos, fato jurisdicional e processo regulatório.

Após esta decisão, os tribunais passaram a decidir todas as questões “de direito” *de novo*⁴⁶, sem considerar a deferência aos administradores. Ademais, os tribunais administrativos poderiam (mas não precisariam) receber um poder exclusivo do Congresso para decidir questões *de facto* em casos envolvendo direitos públicos - entre funcionários do governo e cidadãos.

Em casos envolvendo direitos privados, entre cidadão e cidadão – um dos pilares do sistema de *common law*⁴⁷ - as agências administrativas poderiam ter o poder de determinar os fatos, sujeitos a uma revisão judicial por “evidência substancial”. Aqui, Hughes evidenciou algumas diferenças. Por um lado, ele rejeitou as propostas legalistas de que os tribunais deveriam determinar novamente todos os fatos *de novo* ou deveriam, pelo menos, revisar o registro administrativo sem deferência, questionando se a determinação do tribunal foi apoiada pelo “peso das evidências”. Por outro lado, ele tentou preservar um domínio no qual os tribunais não se submetessem totalmente a determinações administrativas dos fatos;

Na sequência do último ponto estabelecido pela SCOTUS, Hughes também decidiu que os tribunais fariam determinações factuais *de novo* em duas subcategorias de casos, aqueles que envolvem:

⁴⁶ Do latim, que significa “do novo”. Quando um tribunal aprecia um caso “de novo”, ele está decidindo os assuntos sem referência a qualquer conclusão legal ou suposição feita pelo tribunal anterior para ouvir o caso. Um tribunal de apelação que julgue um caso *de novo* pode se referir ao registro do tribunal de instância inferior para determinar os fatos, mas decidirá sobre as provas e questões legais sem deferência às conclusões do tribunal *a quo*.

⁴⁷ É o direito que se desenvolveu em certos países por meio das decisões dos tribunais, e não mediante atos legislativos ou executivos. Nos sistemas de *common law*, o direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes: uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o direito a ser aplicado a casos futuros. Nesse sistema, quando não existe um precedente, os juízes possuem a autoridade para criar o direito, estabelecendo um precedente. O conjunto de precedentes é chamado de *common law* e vincula todas as decisões futuras de mesma matéria.

(a) "fatos jurisdicionais", cuja existência ou inexistência forneceria o atributo da "jurisdição" estatutária do órgão administrativo;

(b) "fatos constitucionais", cuja existência ou inexistência forneceria o atributo para o poder constitucional do Congresso conferir jurisdição ao órgão administrativo em primeiro lugar. Para Hughes, os exemplos críticos envolviam o poder do Congresso sobre os casos do almirantado e seu poder sobre o comércio interestadual.

Este caso é de extrema importância para a sistemática do Estado Administrativo, pois é a primeira vez em que a SCOTUS aprovou a adjudicação de direitos privados, por agências administrativas. Torna-se um caso paradigmático, gerador de precedente, pois permite confrontar o Artigo III da Constituição Norte-Americana, incluindo as decisões administrativas no rol de legitimados constitucionais para decidir questões nesta matéria.⁴⁸

Embora se esperasse que *Crowell* traria alguma espécie de restrição ao poder das agências, em nome da separação de poderes, a Corte Suprema nunca deu seguimento às implicações restritivas discutidas no caso, e o desenvolvimento do Estado Administrativo prosseguiu. Parafraseando as palavras imortais do *Justice* Robert Bork: “*one reason not to be afraid of the ghost of Crowell v. Benson is that once legal developments become sufficiently embedded in the society, the Supreme Court is not going to attack them broadside*”⁴⁹.

Skidmore v. Swift and Co. (1944)

Decidido em 1944 pela SCOTUS, o precedente de *Skidmore*⁵⁰ é de fundamental análise ao tratar sobre o tema de Estado Administrativo, tendo em vista que a causa, ao discutir lide trabalhista referente ao *Fair Labor Standards Act* e a noção de tempo de trabalho, estabelecido nos contratos de trabalho, à disposição do trabalhador por ordem de seu empregador. A importância deste caso reside no fato de que ao mesmo tempo,

⁴⁸ UNITED STATES OF AMERICA. *The United States Constitution*. Promulgada em 17 de setembro de 1787. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>.

⁴⁹ HIRSHMAN, Linda R. *The Ghost of Crowell v. Benson and the Residual Role of Judges and Agencies Under Federal Law* Journal of the National Association of Administrative Law, Malibu, v. 8, issue 1, pp. 48-53, 1998.

⁵⁰ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134, 1944. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/134/case.html>>

expande e limita a perspectiva de deferência cunhada posteriormente por outros casos paradigmáticos da SCOTUS.

O caso apresenta uma particularidade em matéria de direito regulatório, que está diretamente ligada ao sistema do Estado Regulador. Estabeleceu o modelo de deferência conhecido como “deferência de *Skidmore*”, em que uma Corte pode ser persuadida por determinada interpretação administrativa, e adotar uma conclusão deferente em determinada decisão judicial. No entanto, *a contrario sensu*, se não for convencida, pode substituir -ou melhor, reformar- a interpretação do agente regulador por sua própria conclusão, superando a compreensão dos especialistas administrativos.

Na fundamentação da decisão, a SCOTUS estabeleceu que à regulação dos contratos de trabalho coube a figura administrativa criada por lei, para inibir a prática de violações a empregos regulados pela legislação norte-americana. Assim, autoridades administrativas teriam acumulado expertise na verificação dos problemas inerentes ao tempo de trabalho em empregos que apresentam intervalos de inatividade.

A autoridade administrativa máxima, antes do precedente aqui estabelecido, havia editado um boletim interpretativo sobre salário e horário de trabalho. O intuito era produzir um manual prático tanto para empregadores quanto para funcionários do setor de regulação do trabalho norte-americano. Assim, o boletim trazia sugestões e exemplos práticos para orientar situações específicas. Embora o caso levado à Suprema Corte não estivesse regulado, a autoridade administrativa possuía respeito dentre as instituições, tendo sido ouvida na qualidade de *amicus curiae* durante o julgamento. Aliás, cabe ainda apontar que sua manifestação foi em sentido contrário à pretensão dos recorrentes.

A SCOTUS não acompanhou o entendimento da autoridade administrativa, dando provimento ao recurso e reformando a decisão das instâncias ordinárias para decidir de modo autônomo. Não obstante esse comportamento, a Corte deixou registrada que as políticas do administrador são feitas em cumprimento do dever legal, com base em experiências e fundadas em informações mais amplas do que é provável que um juiz seja capaz de levantar durante um julgamento particular. Dessa maneira, o tribunal valorizou a posição de órgãos administrativos e seus respectivos regulamentos interpretativos, ainda que, no caso concreto, não tenha considerado a opinião da autoridade reguladora.

No mérito, a Suprema Corte concluiu, neste caso, que uma compreensão do *Fair Labor Standards Act* que afastasse “tempo à disposição” da noção de “tempo de trabalho” deveria ser denegada. Um claro sinal de deferência à autoridade administrativa foi manifestado, apesar da conclusão do julgamento em si não ter sido em sentido tão deferencial, tendo em vista que houve uma lacuna regulatória que ensejou a resolução pela Corte.

A presente decisão estabeleceu o precedente conhecido como “deferência de *Skidmore*”, referente à deferência das Cortes em determinar quando acompanhar as decisões de agências administrativas, dependendo de sua conveniência *ad hoc*. Estabeleceu o caso da deferência judicial de decisões administrativas através do poder de interpretação das Cortes.

Este modelo de deferência possui grande impacto no processo de judicial review de decisões administrativas. Mesmo sem possuir competência legislativa precípua, uma agência pode editar instruções normativas indicando a forma como serão aplicadas as normas vigentes. Nada obstante, de acordo com a decisão, uma regra interpretativa administrativa não pode gerar efeitos vinculantes, tendo em vista que as agências administrativas não são fungíveis ao Congresso.

Contrariamente à decisão estabelecida posteriormente no caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (1984)⁵¹, que marcou a deferência de Cortes Federais perante interpretações administrativas em casos de normas ambíguas ou lacunas normativas, a “deferência de *Skidmore*” permite à Corte Federal determinar o nível apropriado de deferência, dependendo de seu próprio julgamento sobre a lide, baseado na habilidade da agência em justificar sua interpretação perante o Poder Judiciário.

⁵¹ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Chevron, U.S.A., Inc. v. National Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 1984. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/case.html>>

Securities and Exchange Commission v. Chenery Corp. (1943 e 1947)

O caso *SEC v. Chenery Corp.*, é um precedente que foi originado através de duas decisões, uma de 1943 e 1947, denominadas *Chenery I*⁵² e *Chenery II*⁵³, uma vez que o último é uma repetição do primeiro, envolvendo as mesmas partes. Diferentemente do que se encontra no Brasil, nos EUA a agência que realiza a fiscalização das operações com valores mobiliários é uma agência reguladora propriamente dita, na forma da *Securities and Exchange Commission* (SEC).

O caso *Chenery I* envolveu uma aquisição de ações preferenciais da sociedade *Federal Water Service Corporation* pela administração da mesma, e uma tentativa de convertê-las em ações ordinárias após uma reorganização societária. A Comissão de Valores Mobiliários norte-americana recusou-se a aprovar o plano, argumentando que os diretores da empresa "eram fiduciários e estavam sob o dever de não negociar os valores mobiliários daquela companhia durante o período de reorganização".

A Suprema Corte decidiu em *Chenery I* que a ordem da SEC não poderia ser mantida e exigiu a reavaliação. Nesta decisão, a Corte acabou por estabelecer o que ficou conhecido como a “doutrina *Chenery*”, em que um tribunal que revisa uma ação de agência administrativa só pode afirmar esta ação com base nas razões articuladas pela agência quando da tomada da decisão⁵⁴. A SEC então reformulou sua ordem, que foi invalidada pelo Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para o Distrito de Columbia e avançando para a SCOTUS novamente, com o caso *Chenery II*.

Dois anos depois de *Chenery I*, o *Justice* Relator Frank Murphy em *Chenery II*, argumentou que a nova ordem da agência administrativa evitava o grande erro da contenda original, mas ainda exigia uma análise completa das questões levantadas. O Relator argumentou que, embora a SEC não tivesse uma regra existente proibindo o plano de reorganização proposta pela recorrida, e qualquer nova regra se aplicasse apenas a

⁵² UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation*, 318 U.S. 80, 1943. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/318/80/case.html>>

⁵³ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation*, 332 U.S. 194, 1947. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/332/194/>>

⁵⁴ MOTOMURA, Amy R. *Rethinking Administrative Law 's Chenery Doctrine: Lessons from Patent Appeals at the Federal Circuit*. Santa Clara Law Review, Santa Clara, v. 53, n. 3, pp. 816-895, 2014.

situações futuras, ela não estava obrigada a aceitar o plano e poderia usar da adjudicação administrativa para resolver a questão.

Ficou então estabelecido pela SCOTUS que "a escolha entre o procedimento por regra geral ou por litígio *ad hoc* individual" repousava "principalmente na discricionariedade da agência administrativa"⁵⁵. Ademais, a Corte decidiu que as ordens da Comissão emitidas através da adjudicação administrativa também podem ter efeitos retroativos em determinados casos, ampliando os poderes das agências reguladoras, sob esta "doutrina".

Enquanto em *Chenery I*, a SEC esperara até que fosse tarde para apresentar o argumento de que o plano de reorganização pretendido violava as Seções 7 e 11 do *Public Utility Holding Company Act* de 1935, em *Chenery II*, fizeram uso destes argumentos na etapa inicial do processo. O *Justice* Murphy argumentou que a Comissão estava "usando sua experiência" para chegar à conclusão de que o plano de reorganização era prejudicial ao interesse público. Considerou que, uma vez que o poder de revisão da Corte se estendia apenas à base legal e processual de uma ordem e não à sua sabedoria, a SEC seria a única instituição que teria jurisdição sobre a matéria discutida, não cabendo ao Judiciário adentrar nesta esfera de especialidade.

A corrente majoritária na decisão de *Chenery II*, observou que um tribunal de revisão, ao lidar com uma determinação ou decisão que somente uma agência administrativa está autorizada a emitir, deve julgar a natureza de tal ação unicamente pelos motivos invocados e estabelecidos pela agência, por sua expertise. Caso o Judiciário adentre a questão do que "deve ser" na esfera regulatória, isso ocasionaria em um conflito de competência, a qual o Congresso reservou exclusivamente para as agências reguladoras.

Nota-se, ainda, que esta decisão ocorreu logo após a aprovação do APA e, embora não mencione explicitamente o ato, refere-se ao Relatório Final da Comissão de Procedimento Administrativo da Procuradoria Geral, que foi um importante precursor do mesmo, como abordado no ponto anterior. Curiosamente, o *Justice* Frank Murphy, autor da opinião da maioria, havia atuado anteriormente como procurador-geral no governo do

⁵⁵ *Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation*, 332 U.S. 194 67 S. Ct. 1575; 91 L. Ed. 1995 (1947).

Presidente Franklin Roosevelt, participando na elaboração deste relatório. Assim, fica claro a recepção de um sistema de agências consolidadas, bem como a influência destas agências na revisão judicial de decisões administrativas, refletidas nas decisões de ambos os casos aqui analisados.

Chevron U.S.A Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. (1984)

O precedente da SCOTUS no caso *Chevron*⁵⁶, de 1984, ao mesmo tempo desenvolveu e limitou o modelo de deferência estabelecido pelo precedente de *Skidmore*. *Chevron*, em sua essência, alterou o âmbito da doutrina aplicável às interpretações das agências reguladoras. A revisão judicial, no caso *Skidmore*, é deferente às interpretações levadas a efeito pelas agências reguladoras no que diz respeito aos seus atos administrativos, já em *Chevron*, se percebe significativa alteração na dimensão da revisão.

O originado modelo de deferência denominado “deferência de *Chevron*” estabeleceu uma nova sistemática de poder entre Cortes e agências reguladoras. Para interpretar “o que é o Direito”, *Chevron* definiu nova forma de se distribuir o poder entre as instituições. Por isso, *Chevron* é conhecida como uma decisão que evolui e revoluciona o sistema jurisprudencial anterior. Evolutiva, pois se utilizou e aprimorou de um extenso histórico jurisprudencial da SCOTUS, quanto à decisões aplicadas sobre tribunais inferiores, acerca de seus deveres de deferência às interpretações legais e razoáveis, alcançadas pelas agências.

O caso *Chevron* girou em torno de discussões relacionadas à definição de “fonte estacionária” de poluição, termo largamente utilizada nas emendas legislativas norte-americanas referentes ao *Clean Air Act* de 1970. O Congresso modificou o *Clean Air Act* para enfrentar o descumprimento, em alguns Estados, dos padrões de poluição estabelecidos pela referida regulação. Estas alterações legislativas imputaram requisitos mais rigorosos de permissão para aqueles que desejassem construir ou modificar uma “significativa fonte estacionária” de poluição de ar pelos Estados que descumprissem as regras determinadas (*nonattainment States*).

⁵⁶ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Chevron, U.S.A., Inc. v. National Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 1984. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/case.html>>

A SCOTUS reverteu a decisão do Tribunal Recursal, que adotou a abordagem tradicional do “modelo de deferência *Skidmore*”, por estender, em demasia, seus poderes revisionais. Argumentou que, O Tribunal cometeu um equívoco legal simples quando decidiu que a definição ampla de instalação da expressão “fonte estacionária” era incompatível com o propósito legislativo de melhorar a qualidade do ar.

A Corte Suprema defendeu ainda, que o Tribunal Recursal deveria ter sido deferente à regra emitida pela EPA, tendo em vista que se tratava de uma interpretação legal razoável (considerando que o Congresso não especificou a definição de “fonte estacionária”). Assim, a agência reguladora deveria ser incumbida de definir qual é a melhor interpretação dessa nomenclatura, para que se enquadrasse de forma mais adequada na emenda Legislativa.

Na decisão, os *Justices* apontaram um procedimento para que se alcançasse tal deferência administrativa, que deveria ocorrer em duas etapas neste processo de análise. Com isto, dilatou-se o escopo de atuação da revisão judicial em relação à interpretação de leis que as agências reguladoras se utilizam em sua atividade administrativa. Este procedimento analítico ficou conhecido como “as duas etapas do modelo de deferência *Chevron*”⁵⁷.

Neste processo de análise, não é necessário que o Tribunal Revisor concorde om a interpretação da agência para considerá-la admissível. De acordo com a SCOTUS, a interpretação da agência precisa ser dotada apenas de “razoabilidade”, ainda que o Tribunal julgue que há formas melhores de se aplicar ou interpretar determinado estatuto. Fazendo uso dos critérios de análise tradicionais, este Tribunal pode invalidar a interpretação da agência em questão, apenas se for verificada que esta interpretação ultrapassa o sentido que a lei poderia suportar. Ao contrário da Etapa 1 (sobre o pronunciamento da questão discutida pelo Congresso), na Etapa 2, a agência é livre para

⁵⁷ Na Etapa 1, o Tribunal de Revisão, segundo a Corte Suprema, deve determinar se o Congresso se pronunciou diretamente sobre a questão discutida anteriormente. Caso não seja constatada ambiguidade, o Tribunal poderá decidir como bem entender, independentemente de como interpretar a agência administrativa. Todavia, se a lei é silente ou ambígua em relação a específico assunto, a corte revisora deve abandonar a segunda etapa desta análise.

Na Etapa 2, a Corte irá avaliar se a interpretação legal da agência reguladora é aceitável ou não, e se a interpretação administrativa possui razoabilidade mínima. Se a interpretação do Tribunal na Etapa 1 não resulta numa expressão inequívoca da intenção legislativa acerca da questão combatida, a Etapa 2 requer que a corte revisora determine se a interpretação da agência reguladora é admissível ou não.

escolher a interpretação que julgar mais razoável, desde que esteja em consonância com as pretensões legislativas.

No entanto, a SCOTUS estabeleceu que esta análise em duplo estágio não seria aplicável a qualquer caso. A Corte limitou a aplicabilidade da “deferência de *Chevron*” apenas às interpretações de leis que as agências aplicam. Essa limitação estabeleceu uma espécie de pré-condição para a incidência da deferência *Chevron* (poderíamos considerar uma Etapa Zero).

A partir de *Chevron*, as agências tornam-se intérpretes, dentro dos limites da razoabilidade, de normas omissas ou ambíguas emitidas, concedendo a SCOTUS a autoridade interpretativa dos Tribunais às agências reguladoras. O *reasoning* da Corte encontra base no fato de que enunciados normativos de leis que as agências aplicam é mais uma questão de política do que de Direito. Leis “autorizativas” atribuem “responsabilidades políticas” às agências administrativas, e não aos Tribunais. Isto ocorre, pois administradores, diferentemente de juízes, são “especialistas”, portanto, responsáveis em maior grau por suas decisões.

Chevron difere de *Skidmore*, pois passa a requerer que Tribunais Revisores sejam deferentes a qualquer interpretação razoável alcançada pela agência administrativa. Sob esta “doutrina”, uma lacuna ou uma ambiguidade do texto normativo interpretado, confere a agência a ter deferência dos Tribunais. No “modelo de deferência *Skidmore*”, uma agência reguladora é conferida deferência judicial somente se for convincente o suficiente, transmitindo0 confiabilidade em sua escolha interpretativa, e apresentando sua posição de forma coerente – e não necessariamente seus fundamentos, pois a SCOTUS reconheceu que mais importa o fim pretendido, do que a fundamentação para que se alcance determinado objetivo.

Enquanto o caso *Skidmore* baseou-se no poder de persuasão de agências administrativas, o caso *Chevron* tratou da razoabilidade judicial perante decisões administrativas. *A priori*, fala-se numa dicotomia entre os dois casos, em que o segundo anula o primeiro, pela impossibilidade de coexistirem duas decisões que tratam de perspectivas de deferência distintas, uma empoderando as reformas judiciais e outra as decisões administrativas. Estes casos marcam o que se compreende como a forma final (ou pelo menos atual), do Estado Administrativo, ou de deferência administrativa.

United States v. Mead Corp. (2001)

Antes do caso *United States v. Mead Corp.*⁵⁸, era claro que a “doutrina *Chevron*” se aplicava a interpretações adotadas em normas legislativas e certas adjudicações formais, mas os tribunais inferiores divergiam quanto a se aplicava também a regras interpretativas, declarações políticas, adjudicações informais, cartas consultivas, e *amici curiae*. Finalmente, em 2001, a Suprema Corte começou a lançar alguma luz sobre o assunto.

Este caso tratou sobre os limites do poder regulador do *U.S. Customs Service*, o serviço aduaneiro norte-americano, quanto à mudança da classificação tarifária dos produtos importados pela sociedade *Mead Corporation*. A revisão judicial realizada nesta ação partiu dos precedentes assentados nos casos *Chevron* e *Skidmore*, utilizando-se do critério da “força de lei”. Aqui, se limitou a “deferência de *Chevron*” quando o Congresso delegou autoridade à agência para elaborar regras com força de lei, e a interpretação da agência exigir deferência ao longo do exercício desta autoridade.

Por outro lado, tornou-se aplicável a “deferência de *Skidmore*”, no que diz respeito às interpretações administrativas de leis “autorizadoras” relacionadas com a ação da agência que não possui força de lei. Desta forma, o precedente estabelecido no caso *Mead* demonstrou que passaria a ser necessário à investigação das Cortes, quando determinadas delegações legislativas conferirem autoridade à agências administrativas para estabelecer regras com força de lei.

A contenda judicial discutida pela SCOTUS, decidiu se uma classificação tarifária produzida pelo Serviço de Aduana dos Estados Unidos poderia ou não se utilizar do modelo de “deferência de *Chevron*”. No entanto, a Corte pacificou que esse tipo regulação administrativa não deveria se fazer valer da “deferência de *Chevron*”, por não haver qualquer indicação de que o Congresso quisesse atribuir autoridade à agência para estabelecer regras com força de lei, ou poder normativo, no que tange à classificação aduaneira, embora o modelo de “deferência de *Skidmore*” pudesse ser usado para justificar o uso da decisão administrativa como fonte do direito em função da persuasão que pudesse exercer.

⁵⁸ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *United States v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218, 2001. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/533/218/case.html> >

Foi destacado que, ao deixar explicitamente uma lacuna na lei para preenchimento pela agência, o Congresso concede uma delegação expressa de autoridade que suscita a deferência. A regulação da lei específica se dá através de uma regra que é vinculativa, cabendo ao judiciário intervir somente quando o ato administrativo de regular é processualmente defeituoso, arbitrário, caprichoso em sua substância ou manifestamente contrário ao disposto na lei.

Adicionalmente, a SCOTUS concluiu que mesmo que a decisão administrativa não estivesse qualificada à “deferência de *Chevron*”, esta poderia se utilizar do precedente de *Skidmore*, de forma adequada. O ponto focal desta decisão é a ideia de que o precedente de *Chevron* se aplica apenas quando for aparente a delegação de autoridade congressional para as agências, nos termos supracitados. Para a Corte, uma delegação legislativa pode ser evidenciada de diversas maneiras, como pelo poder de uma agência para se tratar de uma adjudicação ou elaborar regras através de consultas públicas.

O caso *Mead* estabeleceu que o precedente de *Chevron* é aplicável somente quando o Congresso emitir algum sinal de que as agências administrativas devem ser os principais intérpretes de determinada omissão ou ambiguidade normativa, e não as Cortes. A decisão conclui que o sinal relevante da intenção do Congresso a este respeito é uma delegação de poder para a agência agir com força de lei. As decisões de agência que não possuem força da lei deveriam ser analisadas sob o espectro da “deferência de *Skidmore*”.

Com isso, a SCOTUS buscou simplificar o processo de determinação da deferência judicial, reconhecendo que a variedade de maneiras pelas quais as leis conferem um poder de agir às agências administrativas deveria ser minimizada ou declarada irrelevante, mesmo sendo improvável que o Congresso estabelecesse muitas maneiras para atribuir poder de agir às agências com o intuito de produzir como resultados apenas a concessão ou não da deferência.

Percebe-se que *Mead* representou, um desenvolvimento do requisito da “Etapa Zero” de *Chevron* – a avaliação inicial acerca da aplicação ou não da deferência *Chevron* – ao estabelecer a delegação do Congresso de autoridade administrativa como uma condição prévia para a deferência, a limitação estabelecida como uma espécie de pré-condição para a incidência da de *Chevron*.

Interessante notar a posição do *Justice* Antonin Scalia, como único dissidente no caso. Scalia acreditava que a “deferência de *Chevron*” deveria ser aplicada a todas as decisões de agências que são “autorizativas” – não apenas as que possuem força de lei – e, portanto, discordava da reafirmação da Corte de *Skidmore*, que o magistrado considerou como sendo um erro de “anacronismo” ao aplicá-lo neste caso.

City of Arlington v. FCC (2013)

Recentes casos que tratam do poder jurisdicional de agências administrativas vêm trazendo uma nova perspectiva para o Estado Administrativo. Uma corrente encabeçada pelo falecido *Justice* Antonin Scalia, busca estabelecer maiores limites à sistemática do poder regulador fortalecido com o tempo, tanto pelo Poder Judiciário – como indicado nos precedentes acima – bem como pelo Poder Legislativo.

Há quase três décadas passadas, a SCOTUS estabeleceu a canônica formulação de deferência judicial às interpretações estatutárias de agências administrativas no precedente *Chevron*. No entanto, apesar de se tornar o caso mais citado no âmbito do direito público contemporâneo norte-americano, algumas questões que envolvem o caso *Chevron* continuam sem solução. Em *City of Arlington v. FCC*⁵⁹, de 2013, a principal questão era aquela em que a Corte Suprema abordou por toda uma geração, sem nunca ter solucionado: se a estrutura da “deferência de *Chevron*” é aplicável às interpretações jurisdicionais das agências.

O caso gira em torno do *Communications Act* de 1934, em que após emenda, passou a exigir que os governos estaduais ou locais executem os pedidos de instalações de aparelhos de zoneamento de rede *wireless* “dentro de um período razoável após o pedido ser devidamente registrado”. Confiando em sua ampla autoridade para implementar esta estatuto, a *Federal Communications Commission* (FCC), em contenda administrativa, emitiu uma decisão declaratória estabelecendo que a frase “período razoável” é presumivelmente (mas discutível) de 90 dias – considerando a operacionalização para se instalar um aparelho em uma nova antena localizada em alguma torre existente - e 150 dias para processar todos os outros aparelhos.

⁵⁹ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *City of Arlington v. FCC*, 569 U.S., 2013. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/11-1545/>>

As cidades de Arlington e San Antonio, no Texas, recorreram da decisão administrativa ao Quinto Circuito de Apelações, argumentando que a Comissão não tinha autoridade para interpretar as limitações do referido estatuto. A Corte de Apelações, baseando-se no precedente de que a “deferência de *Chevron*” é aplicável à interpretação de uma agência de sua jurisdição estatutária, aplicou o referido modelo de deferência para resolver o caso. Considerou o estatuto ambíguo, portanto, sustentou que a FCC detinha a autoridade reguladora para interpretar o estatuto discutido.

O *Justice* Antonin Scalia, liderando o voto vencedor, afirmou que os tribunais devem aplicar a “doutrina de *Chevron*” e adotar deferência à interpretação de uma agência de sua jurisdição, quando esta jurisdição for questionada. *Chevron* é apoiada pela intenção do Congresso de que uma agência deve determinar sua jurisdição quando houver ambiguidade em determinado estatuto. A SCOTUS considerou que não havia diferença significativa entre a ambiguidade “comum” e a ambiguidade “jurisdicional”.

Em vez disso, toda nova aplicação de um texto estatutário ambíguo poderia ser reformulada como uma questão jurisdicional referente a “quem, o que, onde ou quando” tornam-se as questões na esfera do poder regulador de uma agência. Este teste deve verificar se a linguagem do estatuto impede a afirmação da autoridade determinada da agência. Se a afirmação de autoridade da agência é baseada em uma interpretação permissível do estatuto, então os tribunais devem se submeter à agência.

Nesta visão, “jurisdição” para tomar decisões é necessariamente uma questão jurídica, esfera precipuamente pertencente aos tribunais, mesmo quando a jurisdição é das agências. Esta abordagem limitou a captação de poder das agências administrativas, a fim de evitar que difundissem implacavelmente seus domínios por meio de interpretações expansivas através de disposições jurisdicionais. O poder das agências de determinar sua própria jurisdição tornaria as agências “juízes em causa própria”, como se acreditava.

Neste caso, a Corte, através do *Justice* Scalia, rejeitou decisivamente a exceção de “jurisdição” à *Chevron* e, de fato, negou que o próprio conceito de tal exceção pudesse ser coerente. Para o magistrado, onde o Congresso estabeleceu uma linha limítrofe clara, a agência não pode ir além; e onde o Congresso estabeleceu uma linha ambígua, a agência não pode ir além do que a ambiguidade permitirá, de forma justa. Mas ao aplicar

rigorosamente esta regra, um tribunal não precisa parar para pensar se a questão interpretativa apresentada é "jurisdicional". Se a resposta da agência é baseada em uma construção permissível do estatuto, então não há o que discutir

1.2. O Projeto de Estado Administrativo Brasileiro

Neste ponto, já se deve questionar onde se encaixa o Brasil, ou mesmo a doutrina brasileira na discussão do Estado Administrativo norte-americano. Deixo claro que não realizo uma ode ao modelo norte-americano de administração pública. No entanto, mesmo longe de ser um modelo ideal, e longe de ser uma nação com instituições ideais, há o inegável fato histórico de que a forma de nossas agências administrativas e modelo de Estado Administrativo moderno pátrio foi importado dos Estados Unidos – e que neste país, é fruto de décadas de discussões no campo jurídico e acadêmico, passando por um longo processo de desenvolvimento até chegar ao estágio atual, como abordado na seção anterior.

O professor Sérgio Guerra⁶⁰, no entanto, indica que o modelo de Estado brasileiro moderno foi influenciado em grande dimensão pelo direito administrativo francês, com a figura de um Poder Executivo hipertrofiado, desde o período Imperial do Brasil⁶¹. Na França, a máquina administrativa se estruturou de forma piramidal, como sugere, por influência do período Napoleônico de centralização do poder na figura do Chefe do Poder Executivo, dividindo espaço institucional com o princípio de separação de poderes. A partir de então, nasce a ideia do Executivo Unitário⁶².

No entanto, se de um lado a máquina administrativa foi influenciada pelo desenho institucional francês, a forma de uma República Federativa brasileira – com o advento da Constituição Federal de 1891 – foi largamente influenciada pelo exemplo norte-americano, que também contava (e conta) com o modelo de separação de poderes, implementado no país por James Madison. Percebe-se aqui, *a priori*, uma inconsistência

⁶⁰ GUERRA, Sérgio. *Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil*. Revista Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 133-134, 2017.

⁶¹ VERMEULE, Adrian. *The Atrophy of Constitutional Powers*. Harvard Public Law Working Paper nº 11-07, 2011.

⁶² Para Sérgio Guerra, pode-se definir Executivo Unitário como o modelo de governança centralizada e hierarquizada, com poder concentrado na figura do Chefe do Poder Executivo. Cf. GUERRA, Sérgio. *Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil*. Revista Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, 2017.

institucional, em que o modelo constitucional do país é advindo dos Estados Unidos, e o modelo administrativo da França, nações com grandes diferenças institucionais.

Apesar de um Estado Administrativo *per se* ter se originado somente tempos após o nascimento da República brasileira, a tendência da hipertrofia do Poder Executivo já era visível – fato que permaneceu mesmo após o fim do período Monárquico e Imperialista do Brasil - bem como a inclinação da deferência dos primórdios do poder regulador brasileiro, perante o Legislativo e Judiciário.

O modelo de centralização do poder administrativo no Estado foi corroborado com a era Getulista, iniciada em 1930. Guerra aponta que o ato que instituiu o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil⁶³, evidenciou a discricionariedade que o Executivo detinha, incluindo no ordenamento jurídico brasileiro o impedimento de controle judicial de atos executivos – ato que desafia o conceito democrático de um Estado de Direito, colocando em cheque a separação de poderes.⁶⁴

Assim, surgiram algumas instituições autárquicas com objetivo regulatório, a fim de controlar a produção e comercialização de determinados produtos, e suas atividades econômicas relacionadas⁶⁵. Assim, o ilustre professor Guerra conclui que o governo do Presidente Getúlio Vargas foi um marco inicial para que se atingisse um modelo de Estado Administrativo genuinamente brasileiro. No entanto, acredito que é pressuposto de o Estado Administrativo estar em consonância com o Estado Democrático de Direito, sendo inadmissível que este modelo surja através de medidas tirânicas e cause a hipertrofia de um ou outro Poder específico.

⁶³ “Art. 1º O Governo Provisório exercerá discricionariamente, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a Assembléia Constituinte, estabeleça esta reorganização constitucional do país; [...] Art. 5º Ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores.” Decreto nº 19.398 de 11 de novembro de 1930

⁶⁴ GUERRA, Sérgio. *Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil*. Revista Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 133-134, 2017.

⁶⁵ “Veja-se que em 1º de junho de 1933 Getúlio Vargas criou o Instituto do Açúcar e do Alcool – IAA, para regular a agricultura canavieira, controlando a produção, o comércio, a exportação e os preços do açúcar e do álcool de cana. Ainda em 1933 foi criado o Departamento Nacional do Café (posteriormente, transformado no IBC). Em 1938 criou-se o Instituto Nacional do Mate – INM, e avançou-se no controle estatal das atividades ligadas ao petróleo e combustíveis, por meio da criação do Conselho Nacional do Petróleo. Em 1941, foi criado o Instituto Nacional do Pinho – INP e, no ano seguinte, foram instituídas as Comissões Executivas de Frutas, do Leite, de Produtos da Mandioca e da Pesca.” em *Ibidem*.

O texto da Constituição de 1937 trouxe algumas alterações significantes para o tema, como mecanismos de limitação à maiores controles aos atos administrativos promovidos pelo Chefe do Poder Executivo, agravando ainda mais o desequilíbrio entre os Poderes. Mais uma vez, o governo de Vargas se provou desafiador da separação de poderes, inclinando-se para um Estado mais Totalitário, do que Regulador, como pode se depreender do texto constitucional do período⁶⁶.

Sabidamente, no período que compreende o golpe militar de 1964, o Poder Executivo se fortaleceu como nunca visto – talvez nem no período monárquico, tendo em vista o completo e total desequilíbrio institucional vigente no país. O Ato Institucional nº 2 de 1965 retirou do ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de apreciação judicial dos atos praticados pelo Comando Supremo do país e do Governo Federal. Até este ponto, nada de novo na dinâmica institucional brasileira no que versa as perspectivas administrativas modernas.

Frente a este cenário de deferência máxima e forçada dos Poderes Legislativo (esvaziado por outros Atos Institucionais) e Judiciário (obrigado a acatar todos os atos administrativos editados), percebeu-se um marco legal na organização administrativa brasileira, através do Decreto-Lei nº 200/67, que “dispõe sobre a organização da

⁶⁶ “Art 73 - O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País.

Art 74 - Compete privativamente ao Presidente da República: a) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua execução; b) expedir decretos-leis, nos termos dos arts. 12 e 13.

(...)

Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

(...)

Art 170 - Durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os Juízes e Tribunais.

Art 171 - Na vigência do estado de guerra deixará de vigorar a Constituição nas partes indicadas pelo Presidente da República.

(...)

Art 185 - O julgamento das causas em curso na extinta Justiça Federal e no atual Supremo Tribunal Federal será regulado por decreto especial que prescreverá, do modo mais conveniente ao rápido andamento dos processos, o regime transitório entre a antiga e a nova organização judiciária estabelecida nesta Constituição.

Art 186 - É declarado em todo o País o estado de emergência.” em BRASIL. Constituição (1937). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1937.

Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências”.

A partir desse momento, se consolida a ampla centralização administrativa nas mãos do Chefe do Poder Executivo. Guerra sugere que, ainda que esta norma estabelecesse a Administração Pública como um organismo centralizado ou direto, e descentralizado ou indireto, dividido em autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, “o Presidente da República, por motivo de relevante interesse público, poderá sempre decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal”, de acordo com o art.170 do Decreto supra.⁶⁷

Com o fim do regime militar no Brasil, e o advento da Constituição Federal de 1988, a sistemática do Estado começou a se aprimorar, a começar com a constitucionalização da proteção dos direitos e preceitos fundamentais, os princípios democráticos e do Estado Democrático de Direito, bem como uma melhor delimitação da tripartição de poderes, consolidados nas cláusulas pétreas da Carta Magna (art. 60, §4º).⁶⁸

Assim, toma posse o Presidente Fernando Henrique Cardoso, inaugurando uma nova perspectiva de se consolidar um modelo de Estado Administrativo pátrio. Com seu aparato ministerial, formulou um projeto para aproximar o modelo de Estado Regulador norte-americano ao Brasil, o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado. Contou ainda, com a recém promulgada Constituição Cidadã, promissora e repleta de ditames para auxiliar no desenvolvimento desta nova etapa no país. O que poderia ocorrer de errado?

1.2.1. O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado

No início da década de 90, a taxa de inflação brasileira superou a razão de 80% ao mês, induzindo, conseqüentemente, o país à imersão na dívida externa, conforme indica estudo de 1991 – da mesma equipe que posteriormente idealizaria o Plano de Reforma.

⁶⁷ GUERRA, Sérgio. *Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil*. Revista Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 148, 2017

⁶⁸ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Este cenário preconizou a necessidade de ação estatal para conter a crise⁶⁹. A remodelação do Estado pareceu uma alternativa viável, a fim de se reorganizar a estrutura que compunha a máquina administrativa.

Como pudemos depreender, tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos, o impulso para se investir em uma administração pública mais ativa e eficaz, bem como em instituir agências reguladoras, advém da necessidade de se regular a economia ou setores econômicos (como a indústria e comércio) com grande crescimento, a fim de se evitar a formação de monopólios e *trusts*, bem como fiscalizar a extração ou cadeia produtiva de determinado produto.

Neste contexto, em 1995, o Presidente Fernando Henrique Cardoso, abdicou de parcela do poder concentrado na figura do Chefe do Executivo, a fim de implantar um modelo de agências reguladoras, dando origem ao Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado⁷⁰, chefiado pelo economista Luiz Carlos Bresser Pereira, então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), e considerado um expoente no processo desenvolvimentista do Brasil.

No texto original do Plano Diretor, o então Presidente esclarece na seção de Apresentação do projeto que a crise econômica do país culminou não só no desequilíbrio socioeconômico, mas também em uma crise de Estado. Aponta que principal culpado deste fenômeno foi o modelo de desenvolvimento de Governos anteriores, que se desviaram de suas funções básicas, a fim de amplificar sua presença no setor comercial e produtivo. Esta ação administrativa teria deteriorado gradualmente os serviços públicos, agravando a crise fiscal e inflacionária.⁷¹

O subscritor indica ainda que a articulação de um novo modelo de desenvolvimento que possa reestabelecer o equilíbrio econômico e social, seria “o grande desafio histórico do país”.⁷² Um dos esforços principais que o Plano se dispunha a enfrentar, era a busca

⁶⁹ BRESSER PEREIRA, Luiz C.; NAKANO, Yoshiaki. *Hiperinflação e estabilização no Brasil: o Primeiro Plano Collor*. Revista de Economia Política, São Paulo, v. 11, n. 4, p. 89-114, out./dez. 1991.

⁷⁰ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 1998

⁷¹ BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (F.H. Cardoso). *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995

⁷² *Ibidem*.

pelo fortalecimento do Estado, para que se tornasse eficaz em sua ação regulatória, considerando uma realidade de economia de mercado, bem como atendendo aos serviços básicos que prestados pela administração pública, e as políticas de viés social, que eram fundamentais.

A presidência propôs uma reestruturação na sistemática da administração pública, instituindo uma “administração pública gerencial”, baseada nos conceitos da eficiência e da descentralização. Focou também reformar a visão do Estado sobre os seus servidores, devendo-se investir no profissionalismo e especialização dos agentes públicos, a fim de maximizar a produção e o serviço estatal, conforme segue íntegra do texto original:

“É preciso, agora, dar um salto adiante, no sentido de uma **administração pública** que chamaria de “**gerencial**”, **baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada** para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna “cliente privilegiado” dos serviços prestados pelo Estado.

É preciso reorganizar as estruturas da administração com ênfase na qualidade e na produtividade do serviço público; na verdadeira profissionalização do servidor, que passaria a perceber salários mais justos para todas as funções. Esta reorganização da máquina estatal tem sido adotada com êxito em muitos países desenvolvidos e em desenvolvimento.”⁷³ (grifo do autor)

Mais adiante no texto do Plano, Bresser Pereira realiza um verdadeiro diagnóstico do Aparelho do Estado brasileiro. Pauta esta análise no que considera ser o “retrocesso burocrático de 1988”, em que se encareceram de forma significativa o custeio da máquina administrativa, com o concomitante crescimento da ineficiência dos serviços prestados. Realiza esta suposição com base analítica, confirmando a tendência burocrática da Constituição de 1988.

⁷³ *Ibidem.*

Apesar de o Poder Executivo Federal ter “enxugado” seu corpo de servidores civis ativos, como indicado na Tabela 1 abaixo, a parcela da fola de pagamentos da União que compõe o Produto Interno Bruto (PIB), somente cresceu no período pós-1988, conforme indicado na Tabela 2.

Através das tabelas demonstradas, podemos perceber a dimensão do problema, bem como possíveis formas de solucionar esta falência sistêmica. Falência não apenas econômica, mas institucional, em que as discrepâncias entre os entes Federativos são exorbitantes, em alguns casos privilegiando os órgãos em âmbito Municipal ou Estadual, e em outros casos a Administração Federal. No diagnóstico realizado e demonstrado, nota-se a discrepância institucional que prejudica o Governo Federal.

Tabela 1: A Evolução do Número de Servidores do Poder Executivo 1988 à 1995

ANO	CIVIS ESTATUTÁRIOS*	TOTAL**
1988	705.548	1.442.657
1989	712.740	1.488.608
1990	628.305	1.338.155
1991	598.375	1.266.495
1992	620.870	1.284.474
1993	592.898	1.258.181
1994	587.202	1.197.460
1995***	580.035	-
* Civis da Adm. Direta, Autarquias e Fundações; não inclui, portanto, os militares.		
** Inclui, além dos civis estatutários, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.		
*** Posição até março deste ano.		

Fonte: RH / MARE - SEST/MPO⁷⁴

⁷⁴ Cf. BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (F.H. Cardoso). *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995

Tabela 2: Evolução dos Gastos da União e dos Estados e Municípios (em % do PIB)

MÉDIA ANUAL	UNIÃO	ESTADOS E MUNICÍPIOS
1970/1979	3,41	3,87
1980/1987	2,89	4,18
1988/1994	3,17	6,53

Fonte: IBGE⁷⁵

Da Tabela 1, nota-se que o contingente de servidores ativos do Poder Executivo no período da análise, registrou decréscimo. A conclusão de Bresser neste ponto, é a de que dada essa redução do número de funcionários, não se pode falar em excesso de quadros na União. O que existe são áreas que concentram um número desnecessário de funcionários e outras que apresentam déficit, como no caso das atividades finais nos setores de saúde e educação.

Da Tabela 2, depreende-se também que os gastos dos Estados e Municípios, em alguns períodos, foi quase o dobro dos gastos da União, indicando clara discrepância no controle financeiro estatal. Assim, o primeiro diagnóstico foi a de que o Estado possuía muitos gastos desnecessários, portanto, o Plano deveria buscar sanar esta primeira disfunção.

Assim, a partir deste diagnóstico, o Plano Diretor foi idealizado a partir de determinadas perguntas básicas, elaboradas pela equipe do MARE⁷⁶:

1) O Estado deve permanecer realizando as mesmas atividades? Algumas delas podem ser eliminadas? Ou devem ser transferidas da União para os estados ou municípios? Ou ainda, devem ser transferidas para o setor público não-estatal? Ou então para o setor privado?

2) Por outro lado, dadas as novas funções, antes reguladoras que executoras, deve o Estado criar novas instituições?

⁷⁵ *Ibidem.*

⁷⁶ *Ibidem.*

3) Para exercer as suas funções o Estado necessita do contingente de funcionários existente? A qualidade e a motivação dos servidores são satisfatórias? Dispõe-se de uma política de recursos humanos adequada?

4) As organizações públicas operam com qualidade e eficiência? Seus serviços estão voltados prioritariamente para o atendimento do cidadão, entendido como um cliente, ou estão mais orientadas para o simples controle do próprio Estado?

Na reforma do Aparelho do Estado, pode-se distinguir alguns objetivos gerais e objetivos específicos, para os quatro setores do Estado estabelecidos por Bresser Pereira, quais sejam o Núcleo Estratégico, Atividades Exclusivas, Serviços não Exclusivos e Produção de Bens e Serviços para o Mercado.⁷⁷

Como objetivos gerais, o projeto buscou contemplar o (i) aumento da governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos; (ii) limite à ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando em princípio, os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado e para a iniciativa privada; e a (iii) transferência da União para

⁷⁷ “No Aparelho do Estado é possível distinguir quatro setores:

NÚCLEO ESTRATÉGICO. Corresponde ao governo, em sentido *lato*. É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É, portanto, o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no poder executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas.

ATIVIDADES EXCLUSIVAS. É o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado - o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes, etc.

SERVIÇOS NÃO EXCLUSIVOS. Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem “economias externas” relevantes, na medida que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos deste setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus.

PRODUÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PARA O MERCADO. Corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infraestrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via mercado não é possível, tornando-se necessário no caso de privatização, a regulamentação rígida.” Cf. *Ibidem*.

os estados e municípios as ações de caráter local, somente em casos de emergência passaria a caber a ação direta da União.⁷⁸

O objetivo específico do “Núcleo Estratégico”, focou o (i) aumento da efetividade deste setor governamental, de forma que os objetivos democraticamente acordados sejam adequados e efetivamente alcançados; (ii) modernização da administração burocrática, que neste núcleo ainda se justifica pela segurança e efetividade, através de uma política de profissionalização do serviço público, ou seja, de uma política de carreiras, de concursos públicos anuais, de programas de educação continuada e permanentes, de uma efetiva administração salarial, ao mesmo tempo que se introduz no sistema burocrático uma cultura gerencial baseada na avaliação do desempenho; e na dotação do núcleo de capacidade gerencial para definir e supervisionar os contratos de gestão com agências autônomas, responsáveis por atividades exclusivas de Estado, e com as organizações sociais, responsáveis pelos serviços não-exclusivos do Estado realizados em parceria com a sociedade.

Já os objetivos para os “Serviços não Exclusivos”, contemplam a (i) transferência para o setor público não-estatal destes serviços, através de um programa de “publicização”, transformando as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do poder legislativo para celebrar contrato de gestão com o poder executivo e assim ter direito a dotação orçamentária; (ii) majorar a autonomia e uma consequente melhora na responsabilidade para os dirigentes destes serviços; o (iii) controle social direto destes serviços por parte da sociedade através dos seus conselhos de administração, fortalecendo práticas de adoção de mecanismos que privilegiam a participação social tanto na formulação quanto na avaliação do desempenho da organização social, viabilizando o controle social; o (iv) crescimento de uma parceria entre o Estado, que continuaria a financiar a instituição, a própria organização social, e a sociedade a que serve e que deveria também participar minoritariamente de seu financiamento via compra de serviços e doações; buscando melhorar a eficiência e qualidade dos serviços públicos.

Por fim, os objetivos para a “Produção para o Mercado”, buscou (i) dar continuidade ao processo de privatização através do Conselho de Desestatização; (ii)

⁷⁸ *Ibidem*.

reorganizar e fortalecer os órgãos de regulação dos monopólios naturais que fossem privatizados; (iii) implantar contratos de gestão nas empresas que não pudessem ser privatizadas.

O professor Sérgio Guerra especifica que, a fim de equilibrar a crise nesta etapa de criação do Plano, e atender às questões levantadas e objetivos estipulados por Bresser Pereira, houve uma segregação das competências das instituições da Administração Pública direta e a indireta, no que diz respeito à regulação autônoma de utilidades públicas estratégicas, como telefonia e energia elétrica. Assim, o projeto se propôs inicialmente a (i) criar um ambiente propício à segurança jurídica dos contratos com o Estado e atração de capital privado (notadamente estrangeiro); e (ii) descentralizar a governança estatal sob temas complexos e preponderantemente técnicos, emprestando-lhes certa previsibilidade e tornando-as menos suscetíveis aos embates e interesses políticos/partidários típicos das rotinas do Congresso Nacional.⁷⁹

Percebe-se que a intenção do Governo foi exatamente a descentralização, como forma de delegar as funções especializadas de cada setor, para as agências reguladoras, para que os Ministérios e a própria Presidência pudessem tratar de questões mais abrangentes e que necessitassem de maior articulação política para sua resolução. A ideia era que as agências autônomas fossem desprovidas deste *animus* político que preenche as instituições governamentais.

Realizo um aparte, pois esta cautela quanto à natureza institucional das agências, estabelecida por Bresser Pereira, era de fundamental importância para que o projeto pudesse lograr êxito. Como apresentado no esclarecedor artigo, “*Separation of Parties, Not Powers*”, Daryl J. Levinson e Richard Pildes⁸⁰, nos apresentam uma outra perspectiva dos Estados contemporâneos, em que as instituições estariam imersas na influência política, e não o contrário. Não é o poder político que existe dentro de determinado Poder, mas sim o Poder que estaria inserido em um desenho institucional dominado pela influência política (seja ela positiva ou negativa, como constatado constantemente).

⁷⁹ GUERRA, Sérgio. *Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil*. Revista Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 151, 2017

⁸⁰ LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. *Separation of Parties, Not Powers*. Harvard Public Law Working Paper, Cambridge, no. 131, 2006.

A fim de que as instituições atuem de forma eficaz, como constitucionalmente prevista e idealizada, deve-se afastar os interesses políticos de qualquer espécie. Isto, pois há uma tênue linha entre a influência positiva que auxilia, por exemplo, em acordos entre Poderes para a realização de políticas públicas, e a influência negativa, compreendida como os interesses pessoais dos atores políticos, em detrimento dos interesses institucionais. No mais, retornarei a esta questão mais adiante, ainda neste tópico.

Para alcançar a autonomia das agências, o Plano previu duas frentes de ação a fim de alcançar este objetivo. Primeiramente, realizar-se-iam as adequações na legislação, normas e regulações vigentes, a fim de inserir no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de se estruturar este modelo de agência. Em segundo lugar, se aplicaria uma espécie de experiência de novas abordagens em determinadas agências selecionadas, a fim de testar um modelo inédito à sistemática administrativa brasileira. No entanto, como indica Guerra, esta etapa não ocorreu como planejada:

“Essa transformação de entidades estatais em agências, no formato apresentado pelo Plano Diretor, de fato não ocorreu. Ao que parece, o modelo de “Administração Gerencial” que o Plano Diretor apresentou, previsto para ser aplicado em praticamente todas as áreas da Administração Pública federal, pretendia seguir modelo próximo ao sistema norte-americano de agências.”⁸¹

Ainda nas lições do professor Guerra, no processo de implantação de um modelo de agências no Brasil, buscou-se transformar as instituições da administração pública indireta em agências próximas ao sistema estadunidense de Estado Administrativo, “esvaziando” a centralização concentrada nas instituições que compõe a administração pública direta. Para tanto, estabelecia o projeto inicial que os dirigentes destas agências, escolhidos pelo respectivo Ministro, seguiria critérios rigorosamente profissionais, “com ampla liberdade para administrar os recursos humanos, materiais e financeiros da instituição”.⁸²

Como supracitado, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado trouxe também o controverso programa de desestatização no país, contando com uma intensificação nas privatizações de empresa públicas e de economia mista. Dessa forma, surge a necessidade de investimento nestas novas autarquias especializadas, para

⁸¹ GUERRA, Sérgio. *Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil*. Revista Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 152, 2017

⁸² *Ibidem*.

fiscalizar estas novas empresas privadas de grande porte. Estima-se que esta etapa do Plano arrecadou cerca de R\$79 bilhões aos cofres públicos, como resposta para impedir que o país se assolasse na dívida pública, que não foi contida, considerando o crescimento exorbitante de US\$269 bilhões para US\$881 bilhões, entre 1996 e 2002.⁸³

Até o presente momento, considerando o esforço governamental para a criação e fortalecimento das agências reguladoras, o Brasil conta com diversas agências de nível Municipal e Estadual, havendo onze agências Federais, quais sejam: Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Águas (ANA) e a recém instituída, Agência Nacional de Mineração (ANM).

1.3. A Jurisprudência Brasileira

No cenário jurídico brasileiro também encontramos decisões que discutem o modelo de Estado Administrativo, e tendem a versar sobre a extensão e a autonomia do poder regulamentar. As normas emitidas pelas agências administrativas especializadas, muitas vezes acaba por conflitar com a legislação já existente sobre tema semelhante, fazendo com que seja necessária a revisão judicial de determinados atos, por parte do Superior Tribunal de Justiça (STJ), competente para julgar este tipo de conflito, conforme o art. 105, I, g, da Constituição Federal de 1988.⁸⁴

De acordo com a análise de casos, nota-se que o Poder Executivo objetiva uma regulamentação autônoma, baseada na independência da permissão legislativa, considerando a capacidade técnica e a necessidade de celeridade e eficiência nas

⁸³ SILVA, Joana Gomes da Costa. *O Modelo de Privatização do Governo Fernando Henrique Cardoso*. 2005. 71 f. Monografia (Graduação em Economia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

⁸⁴ “Os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União”. Cf. BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

atividades regulatórias das agências. No entanto, o Poder Judiciário pátrio muitas vezes refuta esta perspectiva, com base no princípio da quebra de legalidade, por falta de limitações legais que especifiquem o alcance do poder regulador, considerando a competência do Poder Executivo, em respeito ao princípio de separação de poderes.

Considerando que são raros os casos julgados no Brasil que aplicam a deferência às agências reguladoras, se realizará aqui uma breve análise de três decisões que bem ilustram o posicionamento e escopo da discussão que ocorre no Poder Judiciário, no que concerne o Estado Administrativo. Esta precariedade de casos neste sentido se dá, pois o direito pátrio ainda analisa os fatos sob uma lógica mais hermenêutica, puramente textual, das leis.

Recurso Especial nº 1.326.847/RN (2012)

Neste caso, julgado em novembro de 2012⁸⁵, o STJ estabeleceu critérios de identificação de normas regulamentares que extrapolar a função regulatória das leis. No Agravo Regimental deste Recurso Especial (AgrREsp), a Corte tratou da aplicação de benefícios previstos na Lei nº 10.438/2002, no que diz respeito à descontos nas tarifas de energia elétrica para usuários em regiões rurais que desenvolvam atividades de irrigação ou aquicultura, através da Resolução da ANEEL nº 207/2006.

O Ministro Relator Humberto Martins pautou sua decisão, que conduziu o Acórdão, indicando que a Lei nº 10.438/2002 prevê a aplicação de benefícios tarifários no fornecimento de energia elétrica relativa ao consumidor que desenvolva atividade de irrigação e/ou aquicultura, e a Resolução da ANEEL nº 207/2006 condiciona este desconto à adimplência do consumidor para com suas obrigações tarifárias.

A Companhia Energética do Rio Grande do Norte (COSERN) contestou decisão anterior do Tribunal - provimento de Recurso Especial interposto por Fazenda Curimataú de Camarões S/A, inadimplente no pagamento das referidas tarifas - que considerou essa

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – 2ª Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.326.847/RN. Agravante: Companhia Energética do Rio Grande do Norte. Agravado: Fazenda Curimataú de Camarões S/A. Relator: Ministro Humberto Martins, Brasília, DF, 28 de novembro de 2012. Acórdão, Brasília, DF, 20 de novembro de 2012. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1196252&num_registro=201201152108&data=20121128&formato=PDF>. Acesso em 5 set. 2017.

Resolução como ofensiva à dinâmica institucional, por extrapolar o poder regulamentador da agência, frente à Lei nº 10.438/2002. A recorrente argumentou que não houve extrapolação de poder, tendo em vista que a ANEEL somente traçou as diretrizes necessárias para receber o benefício tarifário, dentro dos parâmetros desta Lei, e não fora dela.

O Relator verificou que a agravada, na qualidade de consumidora rural de energia elétrica, caracterizada aquícultora, preenche os requisitos do benefício previsto na Lei nº 10.438/2002. Assim, a Resolução da ANEEL nº 207/06, ao regulamentar a referida lei, não poderia introduzir o requisito de inadimplência, para que se possa beneficiar da redução tarifária. Como decidiu o juízo *a quo*, para a inadimplência, a lei prevê o corte no fornecimento do serviço, se o débito for atual, não se referindo à perda de benefício tarifário ou impedimento de concessão.

Assim, sem maiores fundamentações ou discussões teóricas, decidiu que o art. 2º da Resolução exorbitou o poder de regulamentar da Lei, tornando ilegal a norma administrativa, por estabelecer requisito não previsto no ordenamento jurídico brasileiro, para que os consumidores possam se beneficiar da medida em questão. Citando o REsp nº 1.048.317/PR, julgado em 2009 pelo Ministro Herman Benjamin da Segunda Turma da Corte, o Relator deste caso parafraseou:

“No Direito brasileiro, os chefes do Poder Executivo podem regulamentar a lei por meio de Decreto, facultando-se, ademais, à autoridade administrativa editar atos normativos administrativos gerais – como Portarias e Resoluções – com o intuito de disciplinar e instrumentalizar a boa aplicação da legislação que lhes é superior. Em ambos os casos as normas administrativas editadas não precisam repetir, palavra por palavra, o que está na lei, desde que respeitem seus limites, principiologia, estrutura e objetivos.”⁸⁶

Pois bem, a perspectiva aqui explicitada em ambas as decisões é a de que atos normativos editados por agências administrativas não possuem valor no ordenamento jurídico, senão para regulamentar legislação redigida pelo Poder Legislativo, na sistemática da administração pública. Uma norma administrativa não pode contrariar,

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – 2ª Turma. Recurso Especial nº 1.048.317/PR. Recorrente: Agência Nacional do Petróleo. Recorrido: Geopetro Petroleo Ltda. Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 30 de setembro de 2010. Acórdão, Brasília, DF, 12 de maio de 2009. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=876895&num_registro=200800806911&data=20100930&formato=PDF>. Acesso em 5 set. 2017.

restringir, ampliar, nem inovar legislação vigente, isto pautado no fato de que não se permite, no ordenamento jurídico brasileiro, que atos normativos infralegais inovem o sistema jurídico.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.835 (2017)

A análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.835⁸⁷ do estado do Mato Grosso do Sul, de 2017, relatado pelo Ministro Marco Aurélio de Mello do Supremo Tribunal Federal, revela o embate entre a competência do Poder Legislativo e do Poder Regulador. O caso em tela trata da instalação de bloqueadores de sinal telefônico em presídios do estado em questão, através da Lei Estadual nº 3.153/2005 - MS, confrontando o artigo 22, inciso IV da Constituição Federal⁸⁸ - é competência privativa da União legislar, dentre outros, sobre telecomunicações - com diretriz regulamentar pelo artigo 21, inciso XI do mesmo dispositivo⁸⁹ - fica disposto à União explorar ou autorizar concessão ou permissão sobre serviços telefônicos, sendo permitido a criação de órgão regulador do setor.

Caso composto conjuntamente por cinco ADIs dos estados do Mato Grosso do Sul, Bahia, Paraná e Santa Catarina que, em questões sensíveis como segurança pública, o Poder Legislativo busca uma efetiva solução, transpassando o poder das agências reguladoras, no caso da ANATEL. Como supracitado, e assim compreendido pelo STF nesta decisão, ficou estabelecida como competência constitucional das agências o poder de editar resoluções administrativas a fim de implantar medidas de segurança nos presídios através de instrumentos de bloqueio de sinal telefônico, não dos Poderes Legislativos dos entes federativos.

O texto constitucional não impede a edição de legislação estadual ou municipal que venha a produzir algum impacto na atividade desempenhada pelas respectivas concessionárias de serviço público federal. A norma contestada, no entanto, institui

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.835/MS. Requerente: Associação Nacional das Operadoras Celulares. Requeridas: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul; Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Brasília, DF, 3 de agosto de 2016. *Acórdão*, Brasília, DF, 2 de agosto de 2017. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13269288>>. Acesso em 5 set. 2017.

⁸⁸ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁸⁹ *Ibidem*.

obrigação diretamente relacionada ao objeto da concessão do serviço móvel pessoal. Ao determinar às empresas de telefonia a instalação de equipamentos para interrupção do sinal nas unidades prisionais do Estado, o legislador local impôs a elaboração e a execução de projetos técnicos de radiofrequência que possam garantir a efetividade do bloqueio e evitar interferência indevida fora dos limites da unidade prisional. Atuou, portanto, no núcleo da regulação da atividade de telecomunicações, de competência da União, no que cabe a esta disciplinar a transmissão de sinais no campo eletromagnético de maneira adequada.

Assim, a Corte declarou a inconstitucionalidade de normas estaduais que obrigam empresas de telefonia móvel a instalarem equipamentos para o bloqueio do serviço de celular em presídios. Por maioria de votos, os ministros julgaram procedentes estas cinco ADIs ajuizadas sobre o tema, por entenderem que os serviços de telecomunicações são matéria de competência privativa da União e não dos estados federados.

Fica claro com esta discussão que, em questões sensíveis como segurança pública, o Poder Legislativo busca uma efetiva solução, transpassando o poder das agências reguladoras, no caso da ANATEL. Como supracitado, e assim compreendido pelo STF nesta decisão, é competência constitucional das agências o poder de editar resoluções administrativas a fim de implantar medidas de segurança nos presídios através de instrumentos de bloqueio de sinal telefônico, não dos Poderes Legislativos dos entes federativos.

No caso em questão o Judiciário reconheceu a autoridade regulatória, pois a ANATEL é a instituição competente que detém conhecimento e aparato técnico para deliberar sobre a possibilidade e a melhor forma de instalação de tais aparelhos, de forma que não afete a população que reside próximo às penitenciárias, como ocorreu, sendo a motivação social da ADI em questão. Contrapõe-se com o Legislativo Estadual, que, apesar de ser órgão representativo, não possui a tecnicidade do primeiro, devendo reservar-se somente à requerimentos e indicações às agências, quando esbarrar em competências privativas do poder administrativo regulatório.

Ação Civil Pública nº 0002138-55.2017.403.6100 (2017)

O paradigmático caso da Resolução nº 400/2016 da ANAC, que permitiu a cobrança de bagagem despachadas por companhias aéreas, e sua judicialização,

contestada liminarmente perante a 22ª Vara Cível Federal de São Paulo⁹⁰, na Ação Civil Pública nº 0002138-55.2017.403.6100, decidida em 2017, denotou o limite pelo Judiciário, das opções de ações ou instrumentos que podem ser utilizados pelas agências para realizar sua atividade regulatória.

Este critério é indicado por Eduardo Jordão e Maurício Portugal Ribeiro, como uma das ações de contenção do Poder Regulador utilizadas por órgãos de controle (cortes e tribunais), sendo esta, forma de “desestruturar uma agência reguladora”⁹¹, e tem ocorrido recorrentemente através de postura dominante do Judiciário, perante as agências.

Neste caso, como indica Eduardo Jordão, a decisão da ANAC foi considerada pelo Juiz como contrária aos interesses do consumidor, sobrepondo um princípio abstrato, vazio normativamente - uma vez que não há obstáculo normativo para tal Resolução ter efeito – à vigente atividade regulatória de avaliação da atividade aérea e sua exploração comercial, incluindo o acompanhamento das atividades empreendidas por companhias aéreas, realizada pela agência⁹². Este é o recorrente caso em que se presume que o Poder Judiciário sempre tem as respostas para todas as questões sociais e econômicas, eliminando qualquer possibilidade de deferência às decisões administrativas.

A Justiça Federal compreendeu que é dever da ANAC regulamentar e assegurar aos consumidores de passagens aéreas, um mínimo de direitos em face das companhias aéreas, o que não teria ocorrido com a Resolução questionada. Consideraram que este ato normativo viola o equilíbrio econômico entre consumidor e empresa, uma vez que permite às empresas cobrarem o quanto queiram não só pela passagem aérea, mas também pela bagagem despachada.

Assim, a ANAC não poderia, como entidade integrante do Poder Executivo, editar resolução que ignore o dever do Estado em assegurar ao consumidor o mínimo de direitos

⁹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Ação Civil Pública nº 0002138-55.2017.403.6100. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Agência Nacional de Aviação Civil. Relator: Juiz José Henrique Prescendo, São Paulo, 12 de março de 2017. *Decisão em Pedido de Medida Liminar*, São Paulo, 13 de março de 2017. Disponível em <<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2017/170313anac.pdf>>. Acesso em 5 set. 2017.

⁹¹ JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como Desestruturar uma Agência Reguladora em Passos Simples. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 193, 2017.

⁹² JORDÃO, Eduardo. Cobrança por bagagem: o que diz o Direito?. *JOTA*, Rio de Janeiro, mar. 2017. Coluna Supra. Disponível em <<https://jota.info/colunas/supra/cobranca-por-bagagem-o-que-diz-o-direito-24032017>>. Acesso em 05 set. 2017.

que não dependam das boas intenções dos fornecedores e ou dos prestadores de serviços, representando os limites da liberdade e iniciativa. E então coube ao Judiciário, considerado por Jordão como leigo e generalista, tomar uma decisão de questão técnica, resultado em uma decisão simplificada e prematura, como indica:

“O caso da ANAC é ilustrativo dos riscos de se deixar uma questão técnica nas mãos de um Poder Judiciário leigo e generalista. Surgem então simplificações rudimentares: (i) crer que se está garantindo a ‘gratuidade’ das bagagens despachadas, como se o custo deste serviço não estivesse sendo repartido entre todos os passageiros; (ii) crer que se está promovendo ‘justiça’, como se não estivesse impondo a passageiros que nem usam determinado serviço o custo de financiá-lo; (iii) crer necessária a ‘garantia de redução de preços’, como se a previsão de um patamar mínimo de redução não funcionasse como uma âncora e eliminasse a competitividade que poderia gerar economias ainda maiores.”⁹³

A sugestão de que as instituições brasileiras ainda não estão prontas para a recepção de um Poder Regulador e, conseqüentemente, de um Estado Administrativo, como vislumbrado em meados da década de 1990 é latente, pela breve análise dos casos supracitados. As questões levantadas abordam diretamente ou indiretamente o fenômeno da deferência – ou pelo menos, sua falta. A necessidade de alcançar tal deferência em certa medida fica mais uma vez evidente, para que não enfrentemos discussões vazias, embates constitucionais ou aberrações judiciais, como apresentado, impossibilitando o trabalho apropriado da administração pública através das agências reguladoras, mesmo que em alguns momentos seja corroborada a autoridade reguladora.

1.4. O *Second-Best*: Aproximando os modelos

Da análise realizada, podemos notar que o desenvolvimento do Estado Administrativo norte-americano, decorre da omissão constitucional em não determinar de forma abrangente a estruturação do Poder Executivo, para que cumprisse com suas funções, dependendo de um longo processo de desenvolvimento até alcançar a forma

⁹³ *Ibidem*.

atual do Estado Regulador. O Brasil buscou se inspirar nas origens deste Estado norte-americano, em uma espécie de modelo *second-best*.⁹⁴

Como vimos, os primórdios das agências reguladoras possuem origem na necessidade de auxílio técnico e específico à atividade do Poder Legislativo Estadual. Com o surgimento de monopólios econômicos, industrialização maciça, *trust*, cartéis, concentração de riqueza, fortalecendo a corrupção do sistema estatal, o Estado passou a investir no combate destas práticas desleais, buscando novos instrumentos que enfraquecessem esta dinâmica. É a partir deste momento em que percebemos os primeiros sinais de deferência judicial à atos e decisões da Administração Pública.

Formalizando-se as “leis administrativas”, de modo que o processo e todos os seus componentes denominados “processos administrativos”. Ambos serviram como forma de solucionar problemas modernos, desconhecidos e desamparados pela Constituição e *Founding Fathers*, como o monopólio, *trusts*, questões urbanas e viárias, problemas atinentes à complexificação das relações sociais e econômicas.

Por fim, apesar dos fortes desenvolvimentos nos mais diversos setores da economia, como os meios de comunicação, transmissão de energia elétrica e o enraizamento da indústria automobilística no Norte do país no início do século XX, os EUA passaram a enfrentar problemas para equilibrar a crise que assolava o país no período pós- Crise de 1929. Com a tentativa de solucionar muitas destas questões, o *New Deal* acabou por abrir espaço para uma posterior mudança na forma como se estruturavam as agências administrativas, originando o APA de 1946, que sacramenta a forma como se percebe institucionalmente o Estado Administrativo.

Já no Brasil, a reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento.

⁹⁴ *Second-best model*, ou “modelo do segundo melhor”, é um conceito advindo da teoria econômica, em que estabelece que as condições necessárias para se lograr pleno êxito em uma cópia ou comparação, apesar de ser teoricamente possível, sempre deixará de ser completa na prática, por ser praticamente impossível reproduzir todas as condições que originaram o modelo inicial. Esta forma de aproximação, portanto, será “a mais próxima possível do objeto original” assim, sendo considerado como um modelo secundário ideal. Cf. LIPSEY, Richard G.; LANCASTER, Kelvin. *The General Theory of Second Best*. Review of Economic Studies. v. 24, nº. 1, pp. 11–32, 1956.

A reforma do Estado brasileiro envolveu múltiplos aspectos. O ajuste fiscal devolve ao Estado a capacidade de definir e implementar políticas públicas. Através da liberalização comercial, o Estado abandona a estratégia protecionista da substituição de importações. O programa de privatizações, para Bresser Pereira, reflete a conscientização da gravidade da crise fiscal e da correlata limitação da capacidade do Estado de promover poupança forçada através das empresas estatais.

Deste modo, buscou possibilitar ao Estado reduzir seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano; para a democracia, na medida em que promovem cidadãos; e para uma distribuição de renda mais justa, que o mercado é incapaz de garantir, dada a oferta muito superior à demanda de mão-de-obra não-especializada.

Nesta nova perspectiva, o Plano era que o Governo Federal se comprometesse com o fortalecimento das funções de regulação e de coordenação do Estado, particularmente no nível federal, e a progressiva descentralização vertical, para os níveis estadual e municipal, das funções executivas no campo da prestação de serviços sociais e de infraestrutura. A grande questão é a de se logrou êxito, ou se tem cumprido este compromisso firmado, baseado no reforço da governança - a capacidade de governo do Estado - através da transição programada de um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão.

No entanto, a crítica que realizo neste tema, é a de que, *a priori*, o governo brasileiro tem demonstrado carecer de “governabilidade”, ou seja, de poder para governar, dada sua legitimidade democrática e o apoio com que conta na sociedade civil e das instituições que compõe os Três Poderes (incluindo as do Poder Executivo). O Estado Administrativo aparentemente não enfrenta um problema de planejamento ou estratégico, mas sim um problema de governança, na medida em que sua capacidade de implementar as políticas públicas é limitada pela rigidez e ineficiência da própria máquina administrativa e falta de deferência.

Sérgio Guerra aponta que o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado buscou estabelecer duas vertentes para que se alcançassem os objetivos estabelecidos por Bresser Pereira e sua equipe: elaborar os instrumentos legais necessários para viabilizar as transformações pretendidas e a superação dos obstáculos legislativos, normativos e regulações já existentes, que inviabilizassem a fundação de um Estado Administrativo brasileiro.⁹⁵

Por fim, sugere que o modelo burocrático brasileiro, mesmo com a criação de agências reguladoras – desenvolvidas a partir do conceito de autarquias especiais – difere claramente do modelo burocrático norte-americano, não podendo se falar em um Estado Administrativo brasileiro. Como razão para tanto, aponta que ambos partem de estruturas de governabilidade e governança completamente distintos, havendo uma interseção entre os modelos somente no que diz respeito à “uma pequena parte do desenho institucional, que atribui mandato aos dirigentes e autonomia decisória à agência reguladora”, que foi uma cópia *second-best* do modelo dos EUA, pelo Brasil, que talvez sequer tenha atingido um nível de “melhor aproximação possível”, mas sim.⁹⁶

Como abordado neste capítulo, o histórico da profunda judicialização dos aspectos do Estado Administrativo norte-americanos, auxiliaram a amadurecê-lo, bem como a enraizar determinadas características para que este modelo de Estado se sustente de forma a servir de forma apropriada. Não é uma mera questão de ocorrências históricas, mas mais profunda, da disposição institucional e enraizamento das mesmas. Acredito que o Brasil, neste tema, ainda passará por muitos anos de debates judiciais, a fim de alcançar um modelo de Estado Administrativista próprio, com suas características próprias.

No entanto, proponho na presente análise, que algumas características são imprescindíveis para que se consolide uma autoridade diferente das conferidas aos Três Poderes – com poderes centralizados em suas figuras institucionais – sendo uma dessas características, diretamente ligada à deferência dos Poderes à influência da Administração Pública, a “abnegação do Direito”. Este conceito nos é trazido pelo professor Adrian

⁹⁵ GUERRA, Sérgio. *Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil*. Revista Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 135-136, 2017.

⁹⁶ *Ibidem*.

Vermeule, em uma tentativa de explicar o porquê de haver tamanha deferência judicial e legislativa perante as agências nos EUA.⁹⁷

CAPÍTULO 2 - DA ABNEGAÇÃO DO DIREITO: O DIÁLOGO COM ADRIAN VERMEULE

Até o presente momento, analisou-se a dinâmica do Estado Administrativo, desde sua origem norte-americana, até a implementação do projeto que buscou aproximar o modelo original ao Brasil. A análise jurisprudencial serviu de alicerce para esclarecer a abrangência da discussão institucional deste tema, podendo notar de que formas se limitou e se concedeu autoridade ao poder regulador em ambos os países.

Agora, chegamos no ponto capital da presente pesquisa. O constitucionalista norte-americano Adrian Vermeule, em sua obra “*Law’s Abnegation*”, apresenta uma perspectiva sobre este desenvolvimento do Estado Administrativo até os dias atuais. Sustenta que o fenômeno da abnegação do Direito, ou seja, da deferência judicial e legislativa dos respectivos poderes diante do poder regulador, foi um processo natural, ratificando a autoridade e a substância das agências administrativas ao longo do tempo.⁹⁸

Mas o que esta abordagem tem de relação com o Brasil? Primeiramente, se em 1995 buscamos nos espelhar no modelo norte-americano, é de fundamental importância que compreendamos os fenômenos de desenvolvimento do modelo importado, em todas as suas características. Em segundo lugar, ao se analisar a experiência dos EUA, de anos de discussão institucional sobre o tema, podemos esclarecer o porquê de muitas de nossas agências reguladoras não atuarem como deveriam, como abordarei na próxima seção.

Assim, início este capítulo com a análise da obra “*Law’s Abnegation*”, a fim de prosseguir com a análise do desenho institucional brasileiro.

⁹⁷ VERMEULE, Adrian. *Law’s abnegation: from law’s empire to the administrative state*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

⁹⁸ *Ibidem*.

2.1. A Abnegação do Império do Direito

Adrian Vermeule inicia sua obra, implicando que o Direito voluntariamente abandonou suas pretensões imperiais, realizando uma analogia à obra de Ronald Dworkin, “O Império do Direito”, em que este assevera que tanto a lei quanto, mais amplamente, o Direito, governam a vida de todos e que, assim, a população seria, na verdade, constituída de verdadeiros súditos do império do direito.⁹⁹

Apesar de o Direito ser um poder que se denominava imparcial, para resolver e reconciliar atividades do governo, o que Vermeule denomina de “arco da lei” se voltou para a deferência ao Estado Administrativo. O “arco da lei” é uma forma de descrever a força que existe – e de certa forma realiza a ligação – entre os Três Poderes e a autoridade de um ordenamento jurídico de um Estado.

Inferre que o Direito abnegou de sua autoridade, renegando a si mesmo às margens dos acordos governamentais, daí se referindo a este fenômeno como “a abnegação do Direito”. Assim, ao longo de sua obra, o autor irá construir sua tese através de exemplos, a fim de estabelecer que em diversas áreas, juízes e advogados concluíram que deveriam aceitar a competência da Administração para estabelecer políticas, determinar fatos, interpretar estatutos ambíguos e determinar limites à própria jurisdição dos administradores, atuando como “juízes em causa própria”.

Isso teria ocorrido por um processo natural do Direito se desenvolvendo em si próprio, concluindo que a abnegação/deferência era o melhor caminho a se tomar, de um ponto de vista interno. Para Vermeule, confrontando a analogia imperial de Dworkin, os juízes tornam-se “reis preguiçosos”, em seu Império do Direito, e deferem às vontades da Administração, mas por voluntariamente ceder o seu poder de ditar “o que é a lei” (*juris dictum*), e não por imposições externas como se pensou por muito tempo.

O mecanismo principal por detrás da abnegação do Direito tem sido o comprometimento a este raciocínio consistente perante os profissionais do direito. A lógica desde raciocínio é a de que os princípios de deferência das Cortes criaram um processo de resposta “auto-reinforced”, em que a Abnegação se torna não a traição do

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 1ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Direito, mas a consequência dos próprios rumos que o Direito tomou de forma interna, ao longo do tempo.

Assim, o autor irá sustentar sua tese de dentro do universo jurídico, e não de uma perspectiva externa, uma vez que a deferência que tornou-se a abnegação, é um fenômeno que ocorrer “de dentro para fora”, ou seja, do ordenamento jurídico, para a dinâmica institucional. Esta não é uma obra sobre Direito e sim uma obra que aborda “de dentro” o Direito, do ponto de vista de um operador do direito.

Abnegação difere da mera deferência. Enquanto “deferência” significa “o comportamento ou ação que demonstra respeito em relação as outras pessoas, especialmente, a alguém mais velho”, ou ainda, “preocupação, zelo; atenção às necessidades ou aos assuntos de outrem.”¹⁰⁰, o termo “abnegação” refere-se à “renúncia; ação de abnegar, de desistir de alguma coisa” ou ainda, “ação contrária ao egoísmo, desapego completo de suas próprias vontades em função de uma outra pessoa, causa ou ideologia”.¹⁰¹

Para o autor desta obra, Dworkin essencialmente ignorou o Estado Administrativo em sua tese. Quando ele aborda a dinâmica da estrutura institucional vigente no país, ele assume uma estrita divisão dos poderes entre a legislatura, judiciário e a administração, onde a legislatura possui monopólio em “fazer o direito”, o judiciário de “interpretar o direito” e a administração simplesmente “implementar o direito”, uma perspectiva um tanto quanto simplista das capacidades institucionais de cada Poder.¹⁰²

Talvez um dos motivos para que muitos estudiosos sejam acometidos com esta “cegueira institucional”, é o fato de estarem limitados e baseados meramente no sistema jurídico do *common law*, onde se denota de forma mais intensa a atividade legislativa e judiciária, ficando, de fato, os atos administrativos em segundo plano. No entanto, Vermeule sugere que com o desenvolvimento das faculdades jurídicas, o Estado Administrativo passa a tornar-se protagonista no meio constitucional-administrativo de

¹⁰⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário da língua portuguesa. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, Chicago, no. 28, 2002.

estudos acadêmicos, figurando como “o mais novo tópico da teoria jurídica contemporânea”.

No entanto, a ideia da abnegação do Direito não está restrita ao Direito Administrativo. A história do desenvolvimento do processo de *judicial review* auxiliou no estreitamento da compreensão e delineamento das características desta forma de abnegação. Como demonstrado por Frederick Schauer, a agenda atual de questões constitucionais da SCOTUS ocupa apenas uma pequena parcela do de sua pauta.¹⁰³

Schauer infere que a SCOTUS se esquia de ações que versem sobre a esfera pública, passando a decidir mais sobre tópicos ligados a questões de liberdade de expressão e liberdades individuais e, muito ocasionalmente, políticas governamentais que ofendem direitos privados¹⁰⁴. Em sua maior parte, no entanto, a Corte abandonou temas sobre regulação social e econômica vinculadas às instituições do Governo, permitindo certa liberdade para o desenvolvimento do Estado Administrativo, sem a imposição de limites pelo Judiciário.

Para Vermeule, há uma confusão entre os constitucionalistas e administrativistas, no que diz respeito à diferença entre o Estado Administrativo e o escopo do poder do governo nacional. Comumente esta confusão gera críticas, de forma equivocada, tendo em vista que conflita a forma de um Estado regulatório, com o exercício da autoridade governamental, criando uma imagem de um governo autoritário e restritivo, como James Madison buscou afastar ao redigir o Artigo Federalista nº 51.¹⁰⁵

A abnegação do direito é um processo concreto, porém ainda não completo dentro da sistemática institucional norte-americana. É considerada ao mesmo tempo a forma do passado - já que se desenvolveu ao longo do tempo, sendo talhado cuidadosamente pelos Três Poderes, de forma gradual - e o arco do futuro, considerando que o modelo de Estado Administrativo do país já conta com esta forma de deferência, e não há sinais aparentes de que esta dinâmica se altere no futuro, a não ser pelo seu desenvolvimento.

¹⁰³ SCHAUER, Frederick. *Foreword: The Court's Agenda – and the Nation's*. Harvard Law Review, v. 120, n. 4, 2006.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers*. San Bernardino: Tribeca, 2014.

Por fim, o autor esclarece que os criadores do Estado Administrativo foram as mesmas instituições que os oponentes do Estado Administrativo valorizam. Se esta forma de Estado fosse abolida, e a Constituição na perspectiva clássica reinstituída, o mesmo processo operativo se encarregaria que o Estado Administrativo fosse originado novamente, em uma forma de recorrência eterna. Em uma perspectiva à longo prazo, operações institucionais acumuladas de separação de poderes, freios e contrapesos, e processo decisional sobre questões constitucionais e normativas, juntas, deram origem às instituições deste Estado Administrativo, e a nutriram até seu amadurecimento.

2.2. A Discrecionariiedade Administrativa e a Revisão Judicial

Do ponto de vista dos estudos jurídicos, esta obra é uma tentativa de indicar que os juízes, de alguma forma, não abandonaram seus postos de intérpretes da lei, à medida em que garantem maior discrecionariiedade dilatada às agências. Na realidade, os juízes têm garantido a discrecionariiedade através, e por meios de, argumentos e sustentações legais ordinárias, conduzidas em boa fé, baseadas em fontes normativas consolidadas, mais uma vez suportando a ideia de que a abnegação do Direito foi um processo iniciado internamente.

Considerando os primórdios do *judicial review* de questões que versam sobre este processo de deferência, o autor da obra sugere que devemos abordar o tema sob a perspectiva da lógica imposta no caso *Crowell v. Benson*, considerado como o ponto de partida para a expansão da influência do Estado Administrativo, sendo esta uma ótica marginalista: de que o *judicial review*, em sua margem, agrega valor ao processo decisional institucional – em âmbito geral - que se inicia com o processo decisional de agências administrativas -em âmbito específico.

Há quem argumentar que a essência da decisão do caso *Crowell* é a de legitimar a ideia de que o Estado Administrativo não é o que compreendemos por ser a lei propriamente dita, ficando questionável a legalidade deste modelo de Estado. E uma lógica semelhante embasa determinadas críticas ao Estado Administrativo. Vermeule considera ser verdade que o Direito *per se* cedeu mais à discrição deste modelo estatal,

ao longo do tempo.¹⁰⁶ No entanto, seria falsa a sugestão de que o Estado Administrativo violou ou tem constantemente violado o Estado de Direito.

Sustenta esta afirmação, esclarecendo que o processo de abnegação do Direito tem sido essencialmente voluntário, um sistema de puros imperativos legais internos. Assim, o maior triunfo do Direito teria sido se subordinar a si mesmo, com um interesse próprio de resolver sua própria lógica, em um processo natural interno, que posteriormente transcendeu seus limites, atingindo o desenho institucional norte-americano como um todo, até chegar ao modelo de Estado Regulador que encontramos hoje em dia nos EUA.

A abnegação, do ponto de vista institucional endógeno, se fortalece quando advogados e juízes encontram nos casos enfrentados dúvidas de se a lei agrega alguma contribuição ao processo decisional de agências administrativas, ou não, iniciando então uma discussão sobre os horizontes desta deferência. Em casos mais sensíveis ou de extrema relevância, os operadores ou intérpretes podem ainda se preocupar com a questão de se a norma em discussão torna as coisas piores ou melhores na sistemática institucional vigente.

Aqui cabe o que foi estabelecido pela SCOTUS no caso *Chevron*, onde a não ser que a norma discutida claramente contradiga a interpretação de determinada agência administrativa, as Cortes irão manter esta interpretação em juízo, enquanto ela for razoável. Portanto, Vermeule corrobora a ideia de que o processo de *judicial review* é saudável para o desenvolvimento e consolidação, não só do Estado Administrativo, mas como das instituições que compõe este desenho.

Isto ocorre, pois o *Administrative Procedure Act* não oferece nenhuma forma de revisão judicial para que se aprecie atos e decisões administrativas, estabelecendo somente que fica à cargo dos tribunais judiciais de revisão determinar se a decisão das agências é, conforme disciplina a seção 706 (2) (A) do APA, “arbitrária, caprichosa e abusiva de descrição, ou de outra forma não está em conformidade com a lei”¹⁰⁷. O problema enfrentando pelas cortes revisionais é a abstração quanto ao critério de um ato ou decisão “arbitrário ou caprichoso”.

¹⁰⁶ VERMEULE, Adrian. *Law's abnegation: from law's empire to the administrative state*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

¹⁰⁷ *Administrative Procedure Act*, Public Law 79-404, 60 Stat. 237 (1946).

Em condições de incerteza, em que agências administrativas não possuem escolha senão em se arriscar em “zonas cinzentas do Direito”, em que não é claro como a administração pública deve proceder, afim de atingir seu objetivo, mas sem ofender competências constitucionais, pode até ser perfeitamente racional, ou razoável tomarem decisões arbitrárias – no sentido da teoria das decisões, não no sentido legal. Tais decisões são consideradas “decisões arbitrariamente racionais”, e por esta mesma razão, não devem ser consideradas como “caprichos arbitrários” das agências, como dispõe a Seção 706 do APA.

Prosseguindo com o processo de *judicial review* de decisões administrativas, quando um juiz questiona as agências por razões que a levaram a tomar determinada decisão, e reformam determinada decisão irrazoável, temos o que se denomina de *thin rationality review*. Ainda assim, juízes aceitam facilmente as mais diversas formas de razões para validar as ações das agências. A fundamentação para este comportamento é a de que o Judiciário pressupõe que estas agências usualmente possuem razões de “segunda ordem” para tomar tais decisões que são errôneas ou irrazoáveis para a “primeira ordem”.

Jacob Gersen e Adrian Vermeule consideram que as razões de “primeira ordem” das agências são concepções ideais de racionalidade administrativa, pensadas para situações ordinárias. Já as razões de “segunda ordem” são aquelas adequadas às situações excepcionais da atividade administrativa. Assim, para os juristas, a exigência judicial de que as agências apresentem razões de “primeira ordem”, em uma revisão de racionalidade profunda, pode originar consequências contrárias às esperadas pelos juízes, esclarecendo uma eventual falta de racionalidade da agência em determinada decisão ou ato.¹⁰⁸

Neste diapasão, as Cortes devem reformar decisões de agências consideradas arbitrárias, no sentido legal, somente quando falta à agência também, esta forma de validação de “segunda ordem” estabelecida. Vermeule denomina esta situação de “processo decisório indefensável”. No entanto, uma implicação colateral é a de que as Cortes não possuem competência requerendo que agências justifiquem suas decisões com uma espécie de “quantificação da análise de custo-benefício” de determinada ação. Desta forma, são suficientes as razões qualitativas das agências apresentadas, tanto para “primeira ou segunda ordem”, como o Direito empaticamente permitem.

¹⁰⁸ GERSEN, Jacob; VERMEULE, Adrian. *Thin Rationality Review*. Michigan Law Review, v. 114, 2016.

Esta doutrina administrativa, elaborada por advogados em conjunto com outros profissionais e instituições não ligadas ao mundo jurídico, possui efeito em diversos casos de abnegação do poder de operar com o direito, para estas profissões não jurídicas exercidas dentro de agências administrativas, como cientistas, engenheiros e economistas, sobretudo, especialistas. Esta perspectiva permite a compreensão de alguns pontos do escopo e justificação central de doutrinas administrativistas, como a doutrina *Chevron* de deferência à interpretação do direito por agências.

Vermeule conclui neste tópico a ótica marginalista da análise da abnegação do Direito. O Direito é marginal, no sentido que ele está relegado à margem da moldura institucional, policiando somente ações de agências que são indefensáveis, como esclarecido anteriormente, quando não possuem razão qualquer para agir (incluindo as “razões de segunda ordem”)¹⁰⁹. No sentido técnico, a incumbência do direito deve ser determinada pela análise do custo benefício marginal de adicionar incrementos legais e judiciais à burocracia administrativa.

A abnegação do Direito não é somente, nem simplesmente, o resultado do crescimento massivo da burocracia administrativa, como podemos notar pelo desenvolvimento deste processo de deferência ao longo dos últimos séculos. É, portanto, também o resultado da própria apreciação do Direito, de como a lógica desta deve funcionar dentro do desenho institucional conhecido, e do mecanismo constitucional vigente.

2.3. A Legalidade do Direito Administrativista

Críticos do Estado Administrativo, que tendem a ser originalistas, libertaristas, ou ambos, descrevem o processo que culminou na decisão expressa em *Crowell v. Benson*, como uma conquista do Direito pelo Estado. Enquanto os originalistas são fieis à autoridade constitucional, que rege o Estado e consequentemente a Administração Pública, os liberalistas, conforme definem Cass Sustein e Adrian Vermeule, pautam-se em julgados que originam doutrinas projetadas para proteger o setor privado de maiores regulamentações. Estas doutrinas envolvem princípios de não-delegação, observação do

¹⁰⁹ VERMEULE, Adrian. *Law's abnegation: from law's empire to the administrative state*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

discurso comercial, procedimentos que regem regras interpretativas e revisão da arbitrariedade administrativa.¹¹⁰

A significância dessas teorias, é a afirmação – explícita ou implícita – de que o Estado Administrativo e o Direito são antagônicos, e que a Constituição norte-americana original, com seus comprometimentos à legalidade e separação de poderes, deixou de lado a necessidade política e a expansão estatal. Vermeule argumenta à contrário sensu, que do ponto de vista de um advogado, as principais justificativas para a expansão da abnegação foram internas e jurídicas, e não políticas.¹¹¹

O ponto de referência inicial para este sistema administrativo, é a interseção entre o legalismo clássico e o sistema moderno do Direito Administrativo – um caso importante que buscou estabelecer um equilíbrio entre questões de Direito e o imperativo de um governo burocrático, e que, de muitas formas, providenciou a fundação da estrutura para o *Administrative Procedure Act*.

Este marco, já estabelecido como sendo o caso *Crowell*, tiveram seus contornos incorporados ao tratado de grande escala do Estado Administrativo com o Direito. O APA de 1946, estabeleceu que os tribunais de revisão "decidiriam todas as questões relevantes da lei", incluindo especificamente questões constitucionais e a adjudicação formal seria sujeita a revisão apenas por "evidências substanciais".¹¹²

No entanto, Vermeule segue colocando que, ao longo do tempo, com o advento de decisões judiciais mais recentes, versando sobre a deferência administrativa, os objetivos vislumbrados pelo *Justice Hughe*, passaram a ser considerados ultrapassados. A seguir, passo a analisar a superação descrita por Vermeule, no que tange: a interpretação normativa, adjudicação de direitos públicos e privados, fato jurisdicional e procedimento regulatório.¹¹³

No que diz respeito à interpretação normativa, por muitas das mesmas razões que *Crowell* buscou justificar a deferência no que diz respeito ao *agency fact-finding*, os

¹¹⁰ SUSTEIN, Cass. R.; VERMEULE, Adrian. *Libertarian Administrative Law*. University of Chicago Law Review, v. 82, nº 393, 2015.

¹¹¹ VERMEULE, Adrian. *Law's abnegation: from law's empire to the administrative state*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

¹¹² *Administrative Procedure Act*, Public Law 79-404, 60 Stat. 237 (1946).

¹¹³ *Ibidem*.

tribunais federais agora também se submetem rigorosamente às agências administrativas em questões de Direito, em virtude da decisão de 1984 da *Chevron USA, Inc. vs. Natural Resources Defense Council, Inc.* Em *Crowell*, a deferência à apuração dos fatos por agências, foi justificada pela perícia e eficiência, e pelo status do tribunal administrativo como um agente do Congresso e de “amigo da Corte”.

Versões apropriadamente modificadas ou próximas de todas estas justificativas foram oferecidas por *Chevron*, incluindo especialização, responsabilidade política e centralização, que produzem maior eficiência na regulamentação e maior consistência nos casos adjudicados. A derrocada da revisão judicial *de novo* sobre questões jurídicas - que para Hughes era um elemento inquestionável do poder judiciário - é encoberto pela ficção jurídica de que o próprio Congresso pretende delegar poder de interpretação das normas às agências.¹¹⁴

Juristas às vezes apontam que juízes e *Justices* nem sempre se submetem a agências, mesmo sob a doutrina *Chevron*, no sentido de que às vezes os magistrados compreendem a norma como sendo claramente contrária à decisão administrativa, sobrepujando a interpretação da agência. Deferência não significa abdicação total, e os tribunais retêm um poder residual para estabelecer limites externos; nunca significou que as agências sempre venceriam. Na realidade, a deferência ocorre somente onde a lei é omissa ou ambígua.

Há alguns casos recentes, em que se buscou enfraquecer o ideal da deferência administrativa, como o caso *King v. Burwell*¹¹⁵. Além deste caso, há também determinadas concordâncias e dissidências ao falecido *Justice* Scalia, e dos *Justices* Thomas e Alito, que questionam a o modelo de “deferência de *Chevron*” ou mesmo a rejeitam completamente. Até o momento, no entanto, não há nenhuma indicação de que a SCOTUS, como um órgão interpretativo e decisional, tem qualquer interesse em anular a doutrina estabelecida em *Chevron*.

Supondo que a decisão de *Chevron* seja superada amanhã, provavelmente nada mudaria de substancial. A deferência judicial às interpretações administrativas das

¹¹⁴ Aqui, o autor faz um paralelo com a ideia ficcional de que a Rainha da Inglaterra ainda governa o país, apesar de que ela está limitada a agir perante os conselhos de seus Ministros e à aprovação do Parlamento.

¹¹⁵ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *David King, et al. v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al.*, 576 U.S. 2015. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-114/>>

normas, em várias formas e com pesos variáveis, precedeu este caso, por décadas, “em uma espécie de crepúsculo entre *de jure* e *de facto*”¹¹⁶. A jurisprudência à época era inconsistente, mas a deferência sempre foi um pilar institucional. Suas raízes são muito mais profundas do que as recentes decisões judiciais.

A deferência administrativa surge da elaboração de longo prazo, de princípios legais por juízes que, ao longo do tempo, tomam consciência dos limites de seu próprio conhecimento e estabelecem a deferência na própria forma da lei – sendo esta a essência do princípio da abnegação do Direito. Por esta razão, Vermeule sustenta que este processo é não impositivo, sendo um processo natural de aceitação gradual dos poderes administrativos.¹¹⁷

Sobre a adjudicação de direitos públicos e privados, em uma série de casos desde *Crowell*, a SCOTUS constantemente expandiu o escopo da adjudicação constitucionalmente permissível às agências administrativas. Considerando o cenário normativo atual, a muito grosso modo, os únicos casos civis que devem ser apreciados exclusivamente através do Artigo III¹¹⁸, exercendo o “poder judicial dos Estados Unidos”, são somente reivindicações do *common law* entre partes privadas, reivindicações estas que não são auxiliares a uma causa de ação administrativa. Desta forma, o cerne da jurisdição disposta no artigo supra, reduziu-se significativamente.

Quanto ao fato jurisdicional, Vermeule dispõe que as categorias de “fato jurisdicional” e “fato constitucional” tornaram-se meros vestígios. Na realidade, o primeiro parece ter desaparecido; a jurisprudência limita-a essencialmente aos fatos da própria decisão de *Crowell*. A categoria “fato constitucional” é um pouco mais robusta; os juízes às vezes ainda afirmam que a Constituição exige determinações judiciais de novo de questões factuais. Mas a categoria não é sólida nas áreas consideradas importantes por Hughes, como o escopo do poder legislativo americano, que é muito maior do que qualquer advogado poderia imaginar quando *Crowell* foi decidido.¹¹⁹

¹¹⁶ VERMEULE, Adrian. *Law's abnegation: from law's empire to the administrative state*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

¹¹⁷ VERMEULE, Adrian. *Law's abnegation: from law's empire to the administrative state*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

¹¹⁸ UNITED STATES OF AMERICA. The United States Constitution. Promulgada em 17 de setembro de 1787. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>.

¹¹⁹ *Ibidem*.

Ao contrário, tende a aparecer, se for o caso, em casos de liberdade de expressão e de processos criminais e direitos individuais. O maior problema aqui é que a categoria do "fato jurisdicional" de Hughes, embora absolutamente indispensável para o sistema de *common law*, era sempre obscura mesmo em um nível puramente conceitual, quanto mais em nível de aplicação.

Exatamente por esta razão, a Corte, em *City of Arlington vs. FCC*, recentemente rejeitou, e de fato acabou com a ideia de longa data, que estivera circulando nos tribunais de primeira instância, de que as agências não teriam nenhuma deferência em questões jurídicas dentro do escopo da "jurisdição estatutária" da agência administrativa. A SCOTUS negou a coerência da ideia em si, e a mesma lógica se aplica aos fatos jurisdicionais. Felizmente, os tribunais inferiores, há muito, deixaram de tentar policiar a categoria de "fato jurisdicional".

No processo regulatório, a contribuição de Hughe errou gravemente em um ponto: essencialmente negligenciou o papel central do processo regulatório promovido pelo Poder Legislativo no Estado Administrativo moderno. Desde a revolução do processo regulatório, é indiscutível que a regulamentação substituiu a adjudicação formal como a forma central de tomada de decisões administrativas.

Por sua vez, juízes legalistas tentaram desenvolver dois tipos de restrições à regulamentação. Uma envolvia a "regulamentação híbrida", na qual os juízes exigiam que as agências tivessem procedimentos mais elaborados para a regulamentação do que a própria APA exige. A SCOTUS, no entanto, entrou em cena para suprimir este desenvolvimento em *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*¹²⁰, em 1978, estabelecendo que as obrigações processuais devem estar fundamentadas no texto normativo da APA.

O primeiro grande desenvolvimento, enfatizada neste caso, versou sobre o "princípio muito básico do direito administrativo de que as agências deveriam ser livres para moldar suas próprias regras de procedimento". Com base nesse princípio, a Corte eliminou um ordenamento estruturado por jurisprudências do Tribunal de Apelações do Distrito de Columbia que havia forçado ou encorajado agências a se envolverem em

¹²⁰ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council*, 435 U.S. 519, 1978. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/519/>>

"regulamentação híbrida" - oferecendo mais procedimentos do que estatutos orgânicos e a APA exigida para regulamentação informal, embora menos do que seria exigido nos procedimentos completos e formais do tipo julgamento. Segue trecho da decisão:

“As agências administrativas e os administradores estarão familiarizados com as indústrias que eles regulam e estarão em melhor posição do que os tribunais federais ou o próprio Congresso para elaborar regras processuais adaptadas às peculiaridades da indústria e às tarefas da agência envolvida. [...] Sua Corte, por mais de quatro décadas, enfatizou que a formulação de procedimentos deveria ser deixada basicamente à discrição das agências às quais o Congresso havia confiado a responsabilidade por julgamentos substantivos (...) ausência de constrangimentos constitucionais ou Em circunstâncias extremamente contundentes, as agências administrativas devem ter a liberdade de moldar suas próprias regras de procedimento e buscar métodos de investigação capazes de permitir que cumpram seus múltiplos deveres.”¹²¹ (tradução livre do autor)

Isso não significa que a lei não tenha mais papel a desempenhar, mas tem o tipo de papel circunscrito que os revisores altamente limitados desempenham em muitos domínios do desenho institucional.

Em *City of Arlington vs. FCC*, a principal questão legal era aquela em que o Tribunal abordou por toda uma geração, sem nunca ter resolvido: se a estrutura de *Chevron* se aplicaria às interpretações "jurisdicionais" das agências. Obviamente, o advogado tradicional pensaria que as agências não podem estabelecer limites legais sob sua própria autoridade; um regime desse tipo produziria um “governo de caráter burocrático alheio ao nosso sistema”.

Nesta visão, “jurisdição” para tomar decisões é necessariamente uma questão legal, pertencente aos tribunais, não menos quando a jurisdição é a das agências, do que quando é a jurisdição dos próprios tribunais. Qualquer outra abordagem licenciaria uma forma de auto-negociação de agências e de captação de poder, à medida em que as agências expandissem implacavelmente seus domínios por meio de interpretações expansivas das disposições jurisdicionais. O poder das agências de determinar sua própria jurisdição tornaria as agências "juízes em sua própria causa", como se acreditava.

¹²¹ *Ibidem*.

A última corrente convergente envolve uma regra legal que é (agora) firmemente resolvida, eminentemente lógica, e ainda odiosa para a mente legal tradicional: as agências recebem deferência judicial nas fronteiras estatutárias de sua própria autoridade - o que os advogados tradicionais chamam de "jurisdição". A relevância disso, no entanto, é indireta, mas importante. A própria lei renegou em parte sua autoridade sobre a jurisdição da agência e o procedimento da agência, por razões semelhantes.

2.4. Abdicação do Direito?

Nesta etapa de sua obra, Adrian Vermeule estabelece que o Estado Administrativo é inteiramente o produto das instituições constitucionais de 1789. É uma criação do Congresso, agindo através dos processos constitucionalmente prescritos na legislação; do Presidente, tanto como participante no processo regulatório, e como chefe do poder executivo; e dos Tribunais, que revisam e (quase sempre) aprovam concessões de autoridade estatutária ao Presidente e agências. Esse processo legislativo é convencionalmente chamado de "delegação" às agências.¹²²

Nada mais é do que uma delegação de autoridade estatutária, não delegação de poderes legislativos próprios do Congresso. As agências federais, com algumas exceções relacionadas aos poderes constitucionais centrais do Presidente, são inteiramente criaturas estatutárias, elas são trazidas à existência pela legislação, dadas as suas competências pela legislação e limitadas pela legislação, incluindo restrições que aparecem não apenas no estatuto orgânico da agência, mas na APA.

Uma resposta comum a este fenômeno, é a de que o Congresso "abdicou" inconstitucionalmente seus poderes ao Estado Administrativo através desta delegação. No entanto, este pensamento não é plausível. Como indicado por Jerry Mashaw¹²³, a criação do Estado Administrativo foi, de fato, um projeto congressional bipartidário, consistente e de longo prazo, como uma instituição, originada mais ou menos concomitantemente com o nascimento da República Estadunidense – período em que o Primeiro Congresso delegou amplos poderes ao Presidente George Washington.

¹²² VERMEULE, Adrian. *Law's abnegation: from law's empire to the administrative state*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

¹²³ MASHAW, Jerry L. *Creating the Administrative Constitution*. New Haven: Yale University Press, 2012.

Esse projeto incluiu uma enorme quantidade de lapidação e limitações às agências, abolição de agências que sobreviveram à sua utilidade e supervisão de agências existentes para fiscalizar seus excessos. Isto não é a abdicação das funções do Congresso, mas sim um exercício deliberado, sustentado e nuançado destas funções. Como já apontado, se o Estado Administrativo fosse de alguma forma abolido amanhã, o Congresso provavelmente começaria a trabalhar para recriá-lo, em um ciclo de eterna recorrência.

Da perspectiva Judicial, com a exceção discutível do *Justice* Thomas, nenhum *Justice* contemporâneo contestou fundamentalmente a legitimidade desta delegação, quaisquer que sejam suas opiniões particulares. A SCOTUS invalidou esta delegação apenas duas vezes em sua história, ambas em 1935. Assim como os críticos são curiosamente taciturnos sobre as origens legislativas do Estado administrativo, eles são curiosamente silenciosos sobre os argumentos elaborados e convencionalmente legais para sustentar a delegação que a Corte – como instituição – tem consistentemente dado ao longo do tempo.¹²⁴

In suma, temos um Estado Administrativo que foi criado e limitado, ao longo do tempo, pela ação sustentada e bipartidária do Congresso e do Presidente; que é supervisionado e conferido pelo Presidente, à medida em que opera; e este sistema foi avalizado por um sólido consenso bipartidário na Suprema Corte, e não abdicado como sustentado por alguns. A Constituição clássica de separação de poderes, considerando o diálogo institucional de cooperação no processo legislativo por parte dos Três Poderes, deu origem ao Estado Administrativo.

2.5. Como o Direito Empodera não Advogados?

Ao fim de sua exposição, o professor Vermeule rebate três generalizações abrangentes acerca do processo normativo e decisional realizado por agências reguladoras, em uma forma de interpretação equivocada de como atuam e como se

¹²⁴ UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States. *Albert Yakus v. United States*, 321 U.S. 414, 1944. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/321/414/>>

inserir no contexto de um Estado Administrativo com o direito abnegado, deferido às agências.¹²⁵

A primeira generalização comumente debatida é a de que as agências administrativas oferecem o mínimo de “processualidade” possível em seus atos e decisões, muitas vezes obstruindo o devido processo legal, bem como as etapas fundamentais do processo legislativo, e isto ocorreria talvez porque sejam “orientadas para a missão”, ou em palavras mais simples, especialistas, tecnocratas. Esta crítica baseia-se no argumento de que agências especializadas possuem maior observância para a sua atividade fim, do que para os seus meios, ou ainda pela sugestão de que os cargos de direção em geral são ocupados por técnicos “sem conhecimento jurídico”.¹²⁶

No entanto, Adrian Vermeule rebate que esta concepção é equivocada e falaciosa. Não é procedente a perspectiva de que as agências querem oferecer o mínimo de “processualidade” possível em seus atos normativo. Encontra fundamento no processo regulatório que culminou na decisão de *Vermont v. Yankee*, em que a SCOTUS compreendeu que frequentemente as agências oferecem mais alicerces para seus procedimentos de edição normativa, do que os requisitos de impostos na APA (através da Seção. 553), contrariamente do sugerido pelos críticos.¹²⁷

Aponta ainda, que uma das principais razões pelas quais as agências procuram ir além do mínimo legal, é que precisamente quando, e na medida em que, as agências são “orientadas para a missão”, elas terão interesse na precisão do resultado e, às vezes, fornecerão procedimentos adicionais para garantir esta precisão. Erros em seu próprio julgamento interno são onerosos, em parte porque as decisões equivocadas são mais prováveis de serem questionadas em Cortes por razões de evidência, e em parte porque a imposição errônea de penalidades, na verdade, dilui a dissuasão.¹²⁸

A segunda crítica, é a de que as agências reguladoras são instituições “políticas”, então julgamentos administrativos seriam politizados e imparciais. Esta é uma visão que possivelmente seria, em parte, corroborada por Daryl J. Levinson e Richard Pildes, na

¹²⁵ VERMEULE, Adrian. *Law’s abnegation: from law’s empire to the administrative state*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ *Ibidem*.

obra “*Separation of Parties, not Powers*”¹²⁹, como já apresentado, trazendo uma perspectiva institucional contemporânea, em que as instituições estariam imersas na influência política, sendo muito difícil a dissociação da mesma, já que o desenho institucional hodierno estaria dentro do universo político.¹³⁰

Vermeule sustenta ser evidente que há um sentido em que todas as agências reguladoras são instituições “políticas”, em certa medida.¹³¹ Há também outro sentido em que todos os tribunais também são instituições “políticas”, da mesma forma, como demonstra as crescentes evidências sobre votos político ideológico e estratégicos. Esta perspectiva esclarece que não é porque existem agentes políticos em determinada instituição, que seu exercício deva ser completamente posta em cheque, ou descreditada, já que vivemos em um sistema em que a dinâmica do jogo se tornou esta, e as instituições devem aprender a conviver com isso, mitigando a influência política em seu processo decisório.

O último ponto generalista apontado pelos críticos do Estado Administrativo e da abnegação do Direito, versa sobre a especialidade jurídica dos magistrados e operadores do direito. Os tribunais e seus membros são constitucionalmente designados como especialistas em conduzir o “processo”, bem como interpretar a legislação vigente em casos específicos, as agências não. Ademais, os advogados são especialistas em “procedimentos”, bem como na adequada apresentação da legislação pertinente para cada caso, os tecnocratas não.

Assim, o autor, inicialmente estabelece que o conceito do advogado tradicional sobre o processo – de que a profissão jurídica tem algum tipo de perícia peculiar no desenho de regras processuais - é mistificador, em vários sentidos. Primeiro, a base deste conceito é mistificadora. Cada profissão projeta procedimentos para a condução de seus negócios, como economistas e médicos, gerentes corporativos e administradores públicos, não menos do que advogados.

Em segundo lugar, a relevância do conceito é mistificadora. Advogados trabalham tanto dentro das agências, como nos tribunais. Se os advogados são especialistas em

¹²⁹ LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. *Separation of Parties, Not Powers*. Harvard Public Law Working Paper, Cambridge, no. 131, 2006.

¹³⁰ VERMEULE, Adrian. *Law’s abnegation: from law’s empire to the administrative state*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

¹³¹ *Ibidem*.

desenhos processuais, por que os julgamentos de um grupo de advogados, os que podem ser encontrados nos tribunais, superam os julgamentos anteriores de outro conjunto, os que projetaram os procedimentos de agência em primeiro lugar? E, finalmente, os efeitos do conceito podem muito bem ser mistificadores, na medida em que o conceito impede que os sujeitos do direito questionem se os juízes estão bem posicionados para projetar procedimentos de agência ou mesmo para dar uma contribuição marginal à esta sistemática.

Áreas da lei que se baseiam no devido processo legal, a lei renegou grande parte de sua autoridade sobre a escolha de procedimentos a serem usados na tomada de decisões da agência. Mas não é toda a sua autoridade, tendo em vista que os tribunais ainda aplicam comandos claros sobre procedimentos descritos em estatutos orgânicos, e aplicam as regras processuais gerais da APA, muitas vezes interpretando-a onde é obscura. No entanto, os tribunais vêm cada vez mais percebendo o procedimento administrativo como uma questão comprometida com a discricão da agência, sujeita apenas a pisos legais.

Essa crescente renúncia à autoridade judicial repousa sobre um conjunto de princípios, na forma de uma visão essencialmente econômica e institucional. Os juízes perceberam que as agências, mesmo ou especialmente ao perseguirem a missão que o Congresso designou para elas, se engajam em uma forma de otimização restrita. Sob restrições de recursos, as agências devem projetar procedimentos com vistas à substância e vice-versa. Assim, procedimento e substância, conceitualmente distintos ou não, são pragmaticamente inextricáveis, e as agências devem calibrar ambas as margens simultaneamente. A autoridade da agência sobre a substância, explicitamente ou implicitamente delegada pelo Congresso e justificada pela experiência da agência, implica necessariamente também na autoridade sobre o procedimento.

Assim, conclui que a abnegação é apenas parcial, porque os juízes detêm a autoridade para rever as decisões procedimentais da agência por racionalidade. As agências não podem arbitrariamente definir procedimentos, mas gozam de uma margem de discricão razoável na aplicação do cálculo de custo-benefício de seu processo normativo e decisional. Os juízes, em outras palavras, optaram por um regime de constitucionalismo administrativo parcial, pois os próprios juízes perceberam, a partir da lei, que as decisões processuais da agência são decisões de desenho político e institucional, não sujeitas à legalização plena. Pelos mesmos motivos defendidos por

Dworkin, sugere que este regime se adapte bem a vertentes convergentes de castas e seja normativamente sensato. O império do Direito, aqui como em outros lugares, contraiu voluntariamente suas fronteiras.

CAPÍTULO 3 - DA APARENTE FALHA DO PROJETO DE ESTADO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: AS LIÇÕES DE SÉRGIO GUERRA E MINHAS CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

Até o presente ponto, foi abordada a análise histórica da formação do Estado Administrativo nos Estados Unidos e Brasil, juntamente com aproximação dos dois modelos para melhor visualização de suas diferenças, no Capítulo 1. Nesta mesma seção, a análise de alguns casos jurisprudenciais selecionados de ambos os países, pudemos perceber o nível de amadurecimento de cada Corte perante o Estado Administrativo, a iniciar pelo grau de profundidade das discussões jurídicas. Enquanto no primeiro, o debate é mais aproximado da legitimidade, constitucionalidade e limitações ao Estado burocrático, no segundo, percebe-se praticamente uma simples forma de “resolver o problema”, não notando que os precedentes ali originados atingem a toda forma do Estado em si.

Ao longo do Capítulo 2, após definir o que compreendo por Estado Administrativo e ambientar minha apreciação, trouxe o conceito da “abnegação do Direito” de Adrian Vermeule. Defini-lo, bem como apresentei suas razões para a idealização desta ideia, e aplicação no plano prático, relacionando com casos paradigmáticos já analisados, nos oferecendo uma nova perspectiva para o estudado anteriormente. Esta mesma perspectiva nos faz questionar não só acerca dos critérios essenciais para a existência de um Estado burocrático, como idealizado pelo Ministro Bresser Pereira, mas levanta a questão de se o Brasil possui os critérios necessário para tanto.

Assim, a fim de realizar minha singela e humilde contribuição para a sociedade acadêmica, passarei a expor fundamentadamente algumas de minhas concepções, de que o Estado Administrativo, *a priori*, não passou de um projeto, nunca havendo sido colocado em prática, nunca havendo saído do papel, ou incorporado à dinâmica institucional brasileira.

Sérgio Guerra aponta que o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado buscou estabelecer duas vertentes para que se alcançassem os objetivos estabelecidos por Bresser Pereira e sua equipe: elaborar os instrumentos legais necessários para viabilizar as transformações pretendidas e a superação dos obstáculos legislativos, normativos e regulações já existentes, que inviabilizassem a fundação de um Estado Administrativo brasileiro.¹³²

Para o administrativista, as transformações necessárias para o êxito do Plano não foram alcançadas. A transformação das instituições estatais na forma como proposta pelo projeto não ocorreu. O modelo proposto, que se aproxima de grande monta ao modelo norte-americano, contando com determinados critérios estabelecidos no próprio texto elaborado pelo Ministro Bresser Pereira:

“Na administração pública gerencial a estratégia volta-se (1) para a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade, (2) para a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados, e (3) para o controle ou cobrança a posteriori dos resultados. [...] Em suma, afirma-se que a administração pública deve ser permeável à maior participação dos agentes privados e/ou das organizações da sociedade civil e deslocar a ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins).”¹³³

Para que atingisse seus objetivos, o Plano buscou a transformação das autarquias e fundações em agências reguladoras, e que seus Diretores fossem indicados por critérios estritamente profissionais, ou seja, a administração pública indireta se transformaria em agências demasiadamente semelhantes às agências norte-americanas que compõe seu Estado Administrativo, descentralizando o poder e influência institucional da Administração Direta, como consequência.

Se o projeto de Estado Administrativo brasileiro houvesse sido realmente implementado, seria perceptível uma grande transformação da máquina estatal brasileira, aproximando-se do modelo de Estado Administrativo norte-americano. Conforme sugere

¹³² GUERRA, Sérgio. *Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil*. Revista Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 135-136, 2017.

¹³³ BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (F.H. Cardoso). *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995

Sérgio Guerra, “o sistema atual, salvo poucas situações, ainda segue e está vinculado ao velho modelo clientelista, em que prevalece o interesse político ou partidário em detrimento das decisões planejadas”, decisões estas que deveriam ser tomadas com fundamentos técnicos, com suporte empírico e experimental, bem como contar com transparência na demonstração dos custos e benefícios das medidas burocráticas.

Ao que tudo indica, o atual sistema presidencialista brasileiro ainda possui uma grande concentração de poder na figura do Chefe do Executivo, “com atuação voltada, em grande parte, para as alianças políticas, para os resultados das urnas, o que contribui fortemente para a corrupção”.¹³⁴

O mestre Carlos Bolonha, juntamente dos notáveis Henrique Rangel e Flávio Corrêa, já apontavam o fenômeno do “hiperpresidencialismo na América Latina”, com obra homônima¹³⁵. Fundamentando sua análise pelo livro “*The Executive Unbound*” de Eric Posner e Adrian Vermeule¹³⁶, argumentam que com a visão superada do modelo Madisoniano de separação de poderes, encontramos na América Latina, inclusive no Brasil, momentos de “presidências imperiais”¹³⁷, corroborando com esta ideia de uma concentração demasiada da influência Executiva diante dos outros Poderes.

Por fim, Guerra sugere que o modelo burocrático brasileiro, mesmo com a criação de agências reguladoras – desenvolvidas a partir do conceito de autarquias especiais – difere claramente do modelo burocrático norte-americano, não podendo se falar em um Estado Administrativo brasileiro. Como razão para tanto, aponta que ambos partem de estruturas de governabilidade e governança completamente distintos, havendo uma interseção entre os modelos somente no que diz respeito à “uma pequena parte do desenho institucional, que atribui mandato aos dirigentes e autonomia decisória à agência reguladora”, que foi uma cópia *second-best* do modelo dos EUA, pelo Brasil, que talvez sequer tenha atingido um nível de “melhor aproximação possível”, mas sim.¹³⁸

¹³⁴ *Op.cit.*

¹³⁵ BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique; CORRÊA, Flávio. *Hiperpresidencialismo na América Latina*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 60, n. 2, 2015, p. 115-140.

¹³⁶ POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. *The Executive Unbound: After the madisonian republic*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

¹³⁷ SCHLESINGER, Arthur JR. *The Imperial Presidency*. New York, NY: The Mariner Books, 2004.

¹³⁸ GUERRA, Sérgio. *Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil*. Revista Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 139, 2017.

Como abordado no Capítulo 1, o histórico da profunda judicialização dos aspectos do Estado Administrativo norte-americanos, auxiliaram a amadurecê-lo, bem como a enraizar determinadas características para que este modelo de Estado se sustente de forma a servir de forma apropriada. Não é uma mera questão de ocorrências históricas, mas mais profunda, da disposição institucional e enraizamento das mesmas. O Brasil, no que diz respeito ao tema, ainda passará por muitos anos de debates judiciais, a fim de alcançar um modelo de Estado Administrativo próprio, com suas características próprias, bem como suas concepções de limitações ao poder regulador.

No entanto, minha crítica neste tema é a de que algumas características são imprescindíveis para que se consolide uma autoridade diferente das conferidas originalmente aos Três Poderes – com poderes centralizados em suas figuras institucionais – sendo uma dessas características, diretamente ligada à deferência dos Poderes à influência da Administração Pública, a “abnegação do Direito”. Este conceito nos é trazido pelo professor Adrian Vermeule, em uma tentativa de explicar como o Estado Administrativo se fortaleceu de tamanha forma em seu país e, paralelamente, porém em consonância, este modelo de deferência administrativa.

3.1. Há uma Abnegação do Direito no Brasil?

Sérgio Guerra indica algumas questões já discutidas e pacificadas pela SCOTUS, que podem ser elencadas como condição de observância pelo Governo, para que atinja um Estado Administrativo, quais sejam: compreender a posição das agências reguladoras na dinâmica de separação de poderes ,e seu enquadramento em um dos Três Poderes; pacificar a questão da delegação de poderes normativos; compreender a função judicante e executiva das agências; fixação de mandato fixo dos dirigentes.¹³⁹ Minha contribuição para o tema é propor mais uma questão a ser considerada neste debate: a “abnegação” do Direito de Adrian Vermeule.

A questão a ser superada pelos Poderes que compõe o Governo acerca da separação de poderes, está diretamente ligada à constitucionalidade do modelo de agências no

¹³⁹ GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: Quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano?. In: GUERRA, Sérgio (org.). Teoria do estado regulador. Curitiba: Juruá, 2015. p. 13-106.

respectivo país. Esta discussão deve se superar, especialmente no que diz respeito nos problemas que decorrem do conflito de competência constitucional do Legislativo. Cabe ressaltar que Guerra indica um paradoxo em se instituir um modelo de separação, a fim de se evitar um Poder Executivo tirânico, e dotar o Parlamento das três funções do Governo (executiva, legislativa e judiciária).¹⁴⁰ Assim, o Estado Administrativo mitigaria esta discrepância constitucional.

No entanto, do outro lado para balancear esta dinâmica, está a questão da delegação dos poderes normativos às agências. Diz respeito ao risco de uma transferência inconstitucional das funções legislativas ao Poder Regulador. Prevalece aqui que a outorga de competência legislativa deve respeitar os limites impostos pela Constituição Federal, sem que se desrespeite seu texto ou preceitos concernentes à dinâmica institucional.

Entrando na esfera propriamente judicial, a função judicante diz respeito ao poder de agências em realizarem julgamentos e emitirem decisões, sem que usurpem o poder das Cortes. Nesta discussão, nos Estados Unidos, formalizou-se no APA após ampla discussão, que em decisões complexas se instituirá um juiz administrativo neutro através de processo seletivo formal, conduzida por banca realizada em sessão federal, conforme nos traz Sérgio Guerra. Estes juízes são independentes dos quadros das agências, como forma de alcançar maior neutralidade. É uma saída válida para o argumento de que Tribunais Administrativos são imparciais, sem enfraquecer o Poder Regulador, ou outro. A postura do Judiciário denota clara abnegação, ao acatar decisões administrativas quando estas parecem possuir uma razão fundamentada.

Em se tratando da outorga da função executiva às agências, Guerra esclarece que não é unânime se esta conferência de poder é benéfica a sistemática administrativa dos EUA e, apesar desta questão não ter sido objeto de normatização judicial pela SCOTUS, há decisões no sentido de conceder independências às agências do Poder Executivo, para que possam realizar sua atividade, também executiva, dentro do mesmo espaço colaborativo desta instituição. A grande discussão aqui, é a de que se fortalecendo as agências com competências executivas, estaria se inflando o Poder Executivo como um todo, aproximando-se de um modelo tirânico. No entanto, o efeito é exatamente o

¹⁴⁰ *Ibidem*.

contrário, retirando um fardo do gabinete do Chefe do Executivo, a fim de que especialistas tratem de operações de sua área de conhecimento.

Diretamente ligado à função executiva está a estrutura própria das agências, principalmente no que diz respeito à um mandato fixo dos dirigentes das agências. Esta característica impede que o Chefe do Executivo decida retirar um dirigente, quando este estiver afetando os seus interesses políticos ou de estratégia de mercado (com viés político). Assim, a autonomia das decisões internas e externas das agências deve ser imaculada, a fim de permitir que não se prendam ou dependam de rubricas Executivas superiores para exercer sua atividade fiscalizatória. Aqui, percebemos uma abnegação executiva perante às agências, ao conferi-la independência.

Isto nos leva à questão de enquadramento, ou de conferir identidade às agências reguladoras em um dos Três Poderes. Já superado pela Suprema Corte norte-americana, vem prevalecendo a perspectiva de que não se exige esta afiliação institucional formal. Nota-se ainda, que esta vinculação deveria ser realizada pelo Poder Legislativo, caso fosse considerada necessária, podendo enquadrá-la como estando entre os três ramos do Governo. No entanto, o Judiciário parece pacífico quando a não necessidade de discutir a fundo esta questão, e o Legislativo inerte em abordar o enquadramento institucional das agências reguladoras. A legislatura adota uma postura abnegatória diante das agências, tendo em vista que não sente ameaça nestes órgãos especializados.

Tocando todas as questões supracitadas, a “abnegação”, a que proponho ser uma discussão que deva ser abordada e pacificada no Brasil, é uma forma de deferência mais intensa existente na dinâmica institucional de um Governo, e parece que no Brasil não estamos nem próximo a alcançar esta característica. O que é sugerida na obra de Vermeule, é a de que o Estado Administrativo como concebido atualmente, demanda não só deferência – em que a doutrina *Chevron* é aplicada, por exemplo – mas aquiescência às agências, em decisões específicos, em que se opta por não interferir na decisão administrativa, por se compreender que o que a agência está a decidir ou emitir “é a decisão ou escolha correta”.

A transcendência dos testes de razoabilidade trazidos pelos casos *Skidmore* e *Chevron*, considerando o supracitado, nos levam a crer que o Estado Administrativo norte-americano atingiu mais uma etapa de amadurecimento. Este redesenho do Estado

burocrático é um novo modelo de inspiração para o Brasil, a fim de realizar avaliações internas, de onde podemos melhorar, e como podemos atingir um Estado Administrativo brasileiro, não em um modelo *second-best*, mas em nossa própria forma original.

Não é raro os casos em que o Poder Regulador brasileiro encontra resistência em sua atividade, seja ao longo do planejamento e organização das agências reguladoras, promovido pelo Poder Executivo; seja na elaboração de legislações que transpassam funções constitucionalmente atribuídas às agências, redigidas pelo Poder Legislativo; ou seja na desconsideração da legitimidade de decisões administrativas em sua etapa judicial, ou mesmo da omissão da existência de uma jurisdição administrativa, pelo Poder Judiciário. Os referidos entraves levantam questões que apontam para a falha da instituição de um projeto de Estado Administrativo no país, através do cerceamento da atividade regulatória e suas agências, e a clara falta de “abnegação” diante das agências.

Conforme estabelecido por Levinson e Pildes, é inevitável, e muitas vezes evidente, a influência política e econômica nas atividades institucionais¹⁴¹. Vislumbra-se esta influência, em ações, ou omissões Executivas que afetam o exercício das agências reguladoras. É impossível, assim, que uma agência reguladora exerça sua atividade de forma própria, quando a Presidência da República engaja em embates frente à atividade regulatória. Há indícios de um grande desinteresse das Presidências que sucederam o governo FHC em consolidar um Poder Regulador no país

Apontam Eduardo Jordão e Maurício Portugal Ribeiro, que pode ser de interesse de Chefes do Executivo Federal, Estadual ou Municipal, o enfraquecimento das agências reguladoras, devido à transferência do poder político de regular, para o poder técnico de regular, a fim de consolidar e fomentar a economia brasileira e realizar a manutenção da administração pública no que se refere à infraestrutura e recursos energéticos¹⁴².

Assim, muitas vezes nos deparamos com casos de enfraquecimento do corpo diretor das agências, seja através de ações executivas ou mesmo declarações públicas que evidenciam a fragilidade destes órgãos perante o Poder Executivo, como a do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva destinada ao ex-Presidente da Agência Nacional de

¹⁴¹ LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. Separation of Parties, Not Powers. *Harvard Public Law Working Paper*, Cambridge, no. 131, 2006.

¹⁴² JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como Desestruturar uma Agência Reguladora em Passos Simples. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 183, 2017.

Telecomunicações (ANATEL), Guilherme Schymura, que objetivava reajustar as tarifas previstas ao serviço de telecomunicações a fim de aplicar à risca os contratos com as concessionárias do setor¹⁴³. O Presidente da agência, indicado durante o mandato do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso, renunciou ao cargo pouco depois, após forte pressão do Governo.

A análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.835¹⁴⁴, do estado do Mato Grosso do Sul, relatado pelo Ministro Marco Aurélio de Mello do Supremo Tribunal Federal, abordado no Capítulo 1, revela o embate entre a competência do Poder Legislativo e do Poder Regulador. Fica claro com esta discussão que, em questões sensíveis como segurança pública, o Poder Legislativo busca uma efetiva solução, transpassando o poder das agências reguladoras, no caso da ANATEL.

Como supracitado, e assim compreendido pelo STF nesta decisão, é competência constitucional das agências o poder de editar resoluções administrativas a fim de implantar medidas de segurança nos presídios através de instrumentos de bloqueio de sinal telefônico, não dos Poderes Legislativos dos entes federativos.

Isto se justifica pois, no caso em questão, a ANATEL é a instituição competente que detém conhecimento e aparato técnico para deliberar sobre a possibilidade e a melhor forma de instalação de tais aparelhos, de forma que não afete a população que reside próximo às penitenciárias, como ocorreu, sendo a motivação social da ADI em questão. Contrapõe-se com o Legislativo Estadual, que, apesar de ser órgão representativo, não possui a tecnicidade do primeiro, devendo reservar-se somente à requerimentos e indicações às agências, quando esbarrar em competências privativas do poder administrativo regulatório.

Considerando o protagonismo do Judiciário nestes casos, é possível se falar em uma “judicialização administrativa”. Se a revisão judicial de decisões administrativas desrespeita a discricionariedade administrativa recorrentemente, esta pode perder seu

¹⁴³ *Ibidem*, p. 184.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.835/MS. Requerente: Associação Nacional das Operadoras Celulares. Requeridas: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul; Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Brasília, DF, 3 de agosto de 2016. *Acórdão*, Brasília, DF, 2 de agosto de 2017. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13269288>>. Acesso em 5 set. 2017.

fundamento e credibilidade institucional. Assim, a autoridade regulatória das agências é limitada pelos juízes.

A Constituição Federal dispõe acerca das atribuições das agências reguladoras e sua área de atuação, apesar de não determinar as especificidades da atividade regulatória, que se dá através de função atípica do Poder Executivo em editar normas administrativas. Desta forma, parece ser desrespeitado o poder normativo das agências reguladoras, frente ao Poder Legislativo, quando este se inclina sobre questões de alçada dos órgãos reguladores. É possível que isto ocorra, pois há uma lacuna constitucional quanto às atribuições das agências no cenário institucional brasileiro, quando se deparam com matérias que parecem conflitar com a competência das instituições legislativas.

A confiança sobre decisões judiciais que fortalecem o Poder Regulador não deve ser demasiada, tendo em vista a grande quantidade de casos que vão de encontro com seu posicionamento. O caso da Resolução nº 400/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), abordado no Capítulo 1, denotou o limite pelo Judiciário, das opções de ações ou instrumentos que podem ser utilizados pelas agências para realizar sua atividade regulatória. Este critério é indicado por Jordão e Portugal Ribeiro, como uma das ações de contenção do Poder Regulador utilizadas por órgãos de controle (cortes e tribunais), sendo esta, forma de “desestruturar uma agência reguladora”.¹⁴⁵

Neste caso, como indica Eduardo Jordão, a decisão da ANAC foi considerada pelo Juiz como contrária aos interesses do consumidor, sobrepondo um princípio abstrato, vazio normativamente - uma vez que não há obstáculo normativo para tal Resolução ter efeito – à vigente atividade regulatória de avaliação da atividade aérea e sua exploração comercial, incluindo o acompanhamento das atividades empreendidas por companhias aéreas, realizada pela agência¹⁴⁶. Este é o recorrente caso em que se presume que o Poder Judiciário sempre tem as respostas para todas as questões sociais e econômicas, eliminando qualquer possibilidade de deferência às decisões administrativas.

O professor Diogo Rosenthal, em colóquio durante o II Encontro Nacional sobre Estado Administrativo, sugeriu que a judicialização da regulação é inerente ao processo

¹⁴⁵ JORDÃO, Eduardo; RIBEIRO, Maurício Portugal. Como Desestruturar uma Agência Reguladora em Passos Simples. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 193, 2017.

¹⁴⁶ JORDÃO, Eduardo. *Cobrança por bagagem: o que diz o Direito?*. JOTA, Rio de Janeiro, mar. 2017. Coluna Supra. Disponível em <<https://jota.info/colunas/supra/cobranca-por-bagagem-o-que-diz-o-direito-24032017>>. Acesso em 05 set. 2017.

de amadurecimento das agências, mas quando encontramos uma agência reguladora fraca, ou mesmo fragilizada pelo próprio Chefe do Executivo, torna-se quase impossível alcançar um mínimo grau de deferência, para que se conceba um Poder Regulador forte que dê ensejo e base para o desenvolvimento de um Estado Administrativo, per se.¹⁴⁷

O que ocorre no Brasil é que não são as agências reguladoras que buscam preencher as lacunas das políticas públicas e regular atividades econômicas complexas, como originalmente concebido, mas sim as autoridades legislativas e judiciárias. O Legislativo, adota uma postura de objetivar solucionar problemas executivos, entrando em conflito de competência com a Administração Pública, já o Judiciário, possui crescente histórico de ativismo judicial notado na dinâmica institucional do país, interferindo com a atividade dos outros Poderes.

Não há indícios de uma deferência consistente perante as agências regulatórias, por parte de instituições dos Três Poderes, incluindo o Poder Executivo. A sugestão que se faz, é a de que as instituições brasileiras ainda não estão prontas para a recepção de um Poder Regulador e, conseqüentemente, de um Estado Administrativo, como vislumbrado em meados da década de 1990. Esta incapacidade se fundamentaria pela ausência de uma “abnegação” não só do Direito, mas de uma abnegação às capacidades institucionais¹⁴⁸ das agências reguladoras.

É possível que o Brasil não tenha alcançado sequer a doutrina administrativista estabelecida no caso *Crowell*. Acredito que o marco inicial para que possamos identificar um princípio de “abnegação”, bem como de um Estado Administrativo como originalmente concebido, seja alcançar o redesenho institucional que os Estados Unidos adquiriram com a impressão da doutrina *Skidmore* no ordenamento jurídico do país.

A partir do momento em que uma Corte permite ser persuadida por determinada interpretação administrativa, e adotar uma conclusão deferente em determinada decisão judicial, passa a se notar que o Judiciário está disponível para “escutar o que o especialista tem a dizer sobre este tema”, levando em consideração que existe um poder regulador e que ele possui um mínimo de autoridade.

¹⁴⁷ ROSENTHAL, Diogo. *II Encontro Nacional sobre Estado Administrativo: Direitos Fundamentais, Instituições e Mercado*. Workshop Estado Administrativo e Aspectos Regulatórios. 2017.

¹⁴⁸ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, Chicago, no. 28, 2002.

As questões aqui levantadas abordam diretamente ou indiretamente o fenômeno da deferência – ou pelo menos, sua falta. A necessidade de alcançar tal deferência intensa, em certa medida, fica mais uma vez evidente, para que não enfrentemos discussões vazias, embates constitucionais ou aberrações judiciais, como apresentado, impossibilitando o trabalho apropriado da administração pública através das agências reguladoras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi abordado ao longo deste estudo, a previsão constitucional da atividade regulatória não satisfaz todos os critérios para que o Poder Regulador pudesse se estabelecer de forma adequada e eficaz, devido às falhas apontadas sobre o projeto de Estado Administrativo brasileiro, que parece não ter saído do papel. Hoje, nos deparamos na academia e no Governo, com discussões teóricas de alto nível, avaliando como tratar o corpo do Poder Regulador para que este satisfaça sua pretensão originária.

Deve-se realizar que ainda não encontramos a cabeça deste corpo, sendo a discussão inócua. É necessário, antes de tudo, considerar e avaliar o desenho institucional em âmbito macrocósmico para alcançarmos as falhas que acometem as agências reguladoras, chegando ao apontamento de que esta falha não parte somente das agências em si, mas do próprio ordenamento em que se encontram, como exposto, desde sua criação.

Com a definição e análise do que é e como se deu o Estado Administrativo, bem como o conceito de “abnegação do Direito”, em uma etapa acadêmica apropriada, como em uma proposta de dissertação, possa se desenvolver e apresentar critérios objetivos para a existência de uma “abnegação do Direito”, bem como de um Estado Regulador, complementando o que se pode exprimir das lições do professor Sérgio Guerra.

Após estabelecido estes caracteres, poder-se-á quantificar em que grau estamos em comparação com o modelo norte-americano, em relação a cada característica, o qual nos inspiramos para projeto o plano de Estado burocrático brasileiro. Com isto, se permitirá apontar as maiores lacunas e propor melhores soluções para nossa falha. Não será uma análise trivial, tendo em vista que conta com determinada medida de subjetividade. Por esta razão, a quantificação dos problemas se fará necessária para diluir o grau de abstração desta análise.

Caso o Governo opte, por milagroso impulso, reestruturar seu Estado e buscar conciliar e preencher diversas pechas institucionais e lacunas constitucionais, talvez no momento em que prossiga com esta análise mais profundamente, tenhamos um cenário mais pacífico e assentado. No entanto, o caminho tomado pelo Estado coloca em cheque toda e qualquer possibilidade de sua inovação, ao menos nesta proporção.

Espera-se, desta forma, que o Estado Democrático de Direito se reestabeleça em nosso país, para que as discussões acerca da concepção de um Estado Administrativo nato sejam retomadas, mas desta vez, que seja sem intenções políticas e eleitoreiras, pensadas em uma boa administração pública, projetadas para uma economia com regulação suficiente para se combater ilegalidades e deslealdades, mas livre o suficiente para expandir e recepcionar investimentos em nossa economia. A falha do primeiro modelo não deve ser convertida em descrença, e sim em aprendizado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maíra; RANGEL, Henrique. **Os Efeitos Sistêmicos na Teoria Institucional.** Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=540393ae7f8b7a7f>>.

BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique; CORRÊA, Flávio. **Hiperpresidencialismo na América Latina.** Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 60, n. 2, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937.** Rio de Janeiro, 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>.

_____. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.** Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.326.847/RN.** Agravante: Companhia Energética do Rio Grande do Norte. Agravado: Fazenda Curimataú de Camarões S/A. Relator: Ministro Humberto Martins, Brasília, DF, 28 de novembro de 2012. Acórdão, Brasília, DF, 20 de novembro de 2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1196252&num_registro=201201152108&data=20121128&formato=PDF>.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial nº 1.048.317/PR.** Recorrente: Agência Nacional do Petróleo. Recorrido: Geopetro Petroleo Ltda. Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 30 de setembro de 2010. Acórdão, Brasília, DF, 12 de maio de 2009. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=876895&num_registro=200800806911&data=20100930&formato=PDF>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.835/MS**. Requerente: Associação Nacional das Operadoras Celulares. Requeridas: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul; Assembléia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Brasília, DF, 3 de agosto de 2016. Acórdão, Brasília, DF, 2 de agosto de 2017. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13269288>>.

_____. Tribunal Regional Federal (3ª Região). **Ação Civil Pública nº 0002138-55.2017.403.6100**. Autor: Ministério Público Federal. Réu: Agência Nacional de Aviação Civil. Relator: Juiz José Henrique Prescendo, São Paulo, 12 de março de 2017. Decisão em Pedido de Medida Liminar, São Paulo, 13 de março de 2017 Disponível <<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2017/170313anac.pdf>>.

BRESSER PEREIRA, Luiz C.; NAKANO, Yoshiaki. **Hiperinflação e estabilização no Brasil: o Primeiro Plano Collor**. Revista de Economia Política, São Paulo, v. 11, n. 4, out./dez., 1991.

_____. **Da Administração Pública burocrática à gerencial**. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). Reforma do estado e administração pública gerencial. Rio de Janeiro: FGV, 1998

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASS, Ronald A. et al. **Administrative Law**. 6a. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

CUSHMAN, Robert E. **The Independent Regulatory Commissions**. New York: Octagonn Books, 1972.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 1ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ERNST, Daniel R. **Tocqueville's Nightmare: The Administrative State Emerges in America, 1900-1940**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FRASER, Steve; GERSTLE, Gary (orgs.). **The rise and fall of the New Deal order, 1930-1980**. Princeton: Princeton University Press, 1989.

GERSEN, Jacob; VERMEULE, Adrian. **Thin Rationality Review**. Michigan Law Review, v. 114, 2016.

GUERRA, Sérgio. **Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: Quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano?**. In: GUERRA, Sérgio (org.). Teoria do estado regulador. Curitiba: Juruá, 2015.

_____. **Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil**. Revista Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, 2017.

HIRSHMAN, Linda R. **The Ghost of Crowell v. Benson and the Residual Role of Judges and Agencies Under Federal Law**. Journal of the National Association of Administrative Law, Malibu, v. 8, issue 1, 1998.

JORDÃO, Eduardo. **Cobrança por bagagem: o que diz o Direito?**. JOTA, Rio de Janeiro, mar. 2017. Coluna Supra. Disponível em <<https://jota.info/colunas/supra/cobranca-por-bagagem-o-que-diz-o-direito-24032017>>.

_____. **Controle de uma Administração Pública Complexa: A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____; RIBEIRO, Maurício Portugal. **Como Desestruturar uma Agência Reguladora em Passos Simples**. Revista Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, 2017.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

LANDIS, James. **The Administrative Process**. New Haven: Yale University Press, 1938.

LEVINSON, Daryl J.; PILDES, Richard H. **Separation of Parties, Not Powers**. Harvard Public Law Working Paper, Cambridge, no. 131, 2006.

LIPSEY, Richard G.; LANCASTER, Kelvin. **The General Theory of Second Best**. Review of Economic Studies. v. 24, nº. 1, 1956.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The Federalist Papers**. San Bernardino: Tribeca, 2014.

MASHAW, Jerry L. **Creating the Administrative Constitution**. New Haven: Yale University Press, 2012.

MCCRAW, Thomas K., et al. **Prophets of regulation: Charles Francis, Adams Louis, D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn**. Massachusetts: Harvard, 1984.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014

MOSHER, Frederick C. **Basic documents of American public administration: 1776 – 1950**. New York: Holmes & Meier Publishers, Inc. 1976.

MOTOMURA, Amy R. **Rethinking Administrative Law 's Chenery Doctrine: Lessons from Patent Appeals at the Federal Circuit**. Santa Clara Law Review, Santa Clara, v. 53, n. 3, 2014.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. **The Executive Unbound: After the madisonian republic**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

RANGEL, Henrique; BOLONHA, Carlos; ALMEIDA, Máira Vilella. **Sistema complexo e direito constitucional**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Porto Alegre, v.7, n. 3, 2015.

ROSENTHAL, Diogo. II Encontro Nacional sobre Estado Administrativo: Direitos Fundamentais, Instituições e Mercado. **Workshop Estado Administrativo e Aspectos Regulatórios**. 2017.

SCHAUER, Frederick. Foreword: **The Court's Agenda – and the Nation's**. Harvard Law Review, v. 120, n. 4, 2006.

SCHILLER, Reuel. **Reining in the Administrative State: World War II and the Decline of Expert Administration**. In: ERNST, Daniel R.; JEW, Victor (eds.). *Total War and the Law: The American Home Front in World War II*. Westport: Praeger Publishers, 2002.

SCHLESINGER, Arthur JR. **The Imperial Presidency**. New York, NY: The Mariner Books, 2004.

SILVA, Joana Gomes da Costa. **O Modelo de Privatização do Governo Fernando Henrique Cardoso**. 2005. 71 f. Monografia (Graduação em Economia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

SKOWRONEK, Stephen. **Building a new American state: the expansion of national administrative capacities 1877 – 1920**. New York: Cambridge University Press, 1982.

STRAUSS, Peter L. **The Place Of Agencies In Government: Separation Of Powers And The Fourth Branch**. *Columbia Law Review*, New York, v. 84, n. 3, 1984.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper Series, Chicago, no. 28, 2002.

_____. **Libertarian Administrative Law**. *University of Chicago Law Review*, v. 82, nº 393, 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. **The United States Constitution**. Promulgada em 17 de setembro de 1787. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>.

_____. Supreme Court of the United States. **Albert Yakus v. United States, 321 U.S. 414, 1944**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/321/414/>>

_____. Supreme Court of the United States. **Chevron, U.S.A., Inc. v. National Resources Defense Council, Inc, 467 U.S. 837, 1984**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/case.html>>

_____. Supreme Court of the United States. **City of Arlington v. FCC, 569 U.S., 2013**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/11-1545/>>

_____. Supreme Court of the United States. **Crowell Deputy Commissioner v. Benson., 285 U.S. 22, 1932.** Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/285/22/case.html>>

_____. Supreme Court of the United States. **David King, et al. v. Sylvia Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., 576 U.S. 2015.** Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-114/>>

_____. Supreme Court of the United States. **Munn v. State of Illinois, 94 U.S. 113, 1876.** Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/94/113/>>

_____. Supreme Court of the United States. **Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation, 332 U.S. 194, 1947.** Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/332/194/>>

_____. Supreme Court of the United States. **Securities and Exchange Commission v. Chenery Corporation., 318 U.S. 80, 1943.** Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/318/80/case.html>>

_____. Supreme Court of the United States. **Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S. 134, 1944.** Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/134/case.html>>

_____. Supreme Court of the United States. **United States v. A E.C. Knight Company, 156 U.S. 1, 1895.** Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/156/1/case.html>>

_____. Supreme Court of the United States. **United States v. Mead Corp, 533 U.S. 218, 2001.** Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/533/218/case.html>>

_____. Supreme Court of the United States. **Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, 435 U.S. 519, 1978.** Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/519/>>

_____. Supreme Court of the United States. **Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company v. People of the State of Illinois, 118 U.S. 557, 1886.** Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/118/557/>>

VERMEULE, Adrian. **Law's abnegation: from law's empire to the administrative state**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

_____. **The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge**. Harvard Public Law Working Paper No. 13-28. In: TUSHNET, Mark; GRABBER, Mark A.; LEVINSON, Sanford (org.). *Oxford Handbook of the United States Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013.

_____. **The Atrophy of Constitutional Powers**. Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series, Cambridge, no. 11-07, 2012.